



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Registro nro.: 957/18

LEX nro.:

// la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de julio de dos mil dieciocho, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez Alejandro W. Slokar como presidente y los jueces doctores Ana María Figueroa y Gustavo Marcelo Hornos como vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa n° FGR 11180/2017/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "Comunidad Lof Campo Maripe (Loma de Campana) s/ recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca; la Gendarmería Nacional por los doctores Mauricio L. Castro y Lucas Contreras Alderete y la defensa a cargo de la señora Defensora Pública Oficial, doctora Brenda Palmucci.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar, y en segundo y tercer lugar los jueces Ana María Figueroa y Gustavo Marcelo Hornos, respectivamente.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en la causa n° FCR 11180/2017 de su registro, rechazó

los recursos deducidos por la Defensa Pública Oficial y el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 395/406).

Contra esa decisión, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación (fs. 408/416vta.), que fue concedido (fs. 418/420vta.).

2º) Que el recurrente señaló que: "...el mal mayor que se trata de conjurar, con la interposición de hábeas corpus preventivo, es la detención sin orden de autoridad competente, que va de suyo necesariamente implica la afectación al derecho de ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio".

En esta línea, invocó que: "[d]e la lectura de la resolución cuestionada [...] se ha producido un desmembramiento arbitrario del concepto de libertad ambulatoria (física o corporal, como sinonimia introducida por el auto recurrido)...", agregando que: "...el arresto ilegal provocará invariablemente siempre en todos los casos, el impedimento de ingresar, permanecer, transitar y egresar del territorio".

Desde ese orden, alegó que: "[q]ue los magistrados hayan reseñado que en los hechos, a su criterio, se vio solamente afectada la libertad de circulación o tránsito, no implica necesariamente asumir, sin lugar a dudas, que de ningún modo pueda llegar a perpetrarse un arresto sin orden de autoridad competente, dados los antecedentes del conflicto".

Asimismo, adujo que: "[e]n este tipo de acciones, la formalidad de la vía no puede erigirse en un obstáculo de procedibilidad de tal entidad que se vea frustrada la finalidad para la cual fueron creados los institutos, esto es, una acción ágil, rápida y expedita, destinada a proteger un derecho que se considera afectado de manera directa y actual, o bajo la amenaza de sufrir un ataque inminente".





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

De otra banda, destacó que: "...el Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la vía elegida no ha demostrado discrepancia y tanto en la audiencia (v. fs. 304 vta.), como en el empleo de su propia vía recursiva (fs. 375/382) contra la decisión de la instancia de grado de no hacer lugar a la acción de hábeas corpus preventivo, ha mostrado acuerdo con la pretensión de [su] representada".

Asimismo, sostuvo que: "...la circunstancia, como se dijo, de que no se hayan advertido nuevos hechos como los denunciados, ni la presencia de personal de la Gendarmería Nacional, a lo largo de 8 meses, no predica necesariamente acerca de que ello no pueda volver a ocurrir mientras tanto no se dé una solución definitiva y de fondo sobre el origen del conflicto, esto es la determinación de certeza acerca de la propiedad de las tierras en función de la vigencia de la ley 26.160".

En ese sentido, señaló que: "[p]recisamente la orden de abstención que se procura es la que dará certeza acerca de que la Gendarmería Nacional no se presentará y ante un evento determinado no procederá a la detención sin orden escrita de autoridad competente...", agregando que del entramado del conflicto y de su intensidad, dan sobrada cuenta los expedientes que corren por cuerda.

También en esa línea, afirmó que: "...no es un dato menor que la ausencia de la Gendarmería Nacional durante el tiempo que ha insumido la sustanciación de este expediente, pueda responder al hecho de que paralelamente se haya instruido una causa penal en relación a la intervención de dicha fuerza en el escenario del conflicto, de lo cual se da cuenta a través de los autos 'CA-NN s/abuso de autoridad y



violación de los deberes de funcionarios públicos art. 248 CP)', caso 13.750, del registro de la Fiscalía Federal nº 2 de la ciudad de Neuquén, que corre por cuerda, sin resolución a la fecha".

De otro lado, sostuvo que: "[s]e trata de una comunidad indígena reconocida oficialmente por los estados provincial y nacional (expte. nº 5730-003689/2013 del Ministerio de Gobierno Educación y Justicia de la provincia de Neuquén)", y evocó lo referido por esta Sala, a fs. 232/249vta., respecto de la trascendencia del objeto de la discusión en cuanto a la especificidad de la cuestión ventilada en la presente acción de hábeas corpus, y lo referido en relación a la condición de los pueblos originarios, su vínculo con la tierra y el reconocimiento normativo.

Así también, señaló que: "[e]l carácter de latencia o actualidad de la amenaza de afectación a la libertad ambulatoria, no está dada por la presencia o ausencia de la Gendarmería Nacional, sino por la vigencia de la incertidumbre que se consolida ante la falta de definición de la determinación de la propiedad según los términos de la ley 26.160 y las sucesivas prórrogas: ley 26.554, 26.894 y 27.400".

Ad finem, destacó que: "...en función de ello que [esa] defensa entiende que el auto cuestionado ha incurrido en una errónea motivación de la decisión a la que arribara, sobre todo en cuanto se predicó de la ausencia de una amenaza inminente de lesión al derecho invocado".

En definitiva, solicitó que se case sin reenvío la decisión que no hizo lugar a la acción de habeas corpus





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

preventivo o, en su caso, se declare la nulidad de la sentencia en función del art. 471 CPPN, y se ordene el dictado de un nuevo pronunciamiento.

3°) Que a fs. 460 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis CPPN y presentado breves notas la defensa, el Fiscal General y la Gendarmería Nacional.

Así, la Defensa Pública reeditó en lo sustancial los agravios formulados en el recurso de casación, acompañó dictamen efectuado por el titular del programa de diversidad cultural de la Defensoría General de la Nación y solicitó la exención del pago de costas.

De inicio en su escrito evocó que: "...en este caso se verifican todos los supuestos ya que existe una causa fáctica común que es el ejercicio abusivo de la autoridad en la que incurrió la Gendarmería Nacional al haber efectuado operativos sin orden judicial mediante los que lesionó derechos individuales de la Comunidad Lof Campo Maripe" y que: "[l]a pretensión procesal también es colectiva ya que consiste en la evitación de tales operativos en el lugar donde esa comunidad originaria tiene su ancestral asiento, lugar y medios de vida".

De seguido señaló que: "resultaría un esfuerzo irracional exigir una acción individual por cada integrante de la comunidad ya que el derecho que se encuentra afectado lo es en forma individual pero como consecuencia de la pertenencia a la comunidad originaria que integran".

De otra parte, sobre la cuestión relativa a la finalidad del habeas corpus preventivo y los supuestos en los que procede, refirió que: "el Juez -independientemente del

nomen iuris- atento a que tanto el amparo como el habeas corpus tienen como objetivo evitar la lesión a normas constitucionales debería haber tratado el fondo del asunto más allá de la discusión sobre las formas procesales”, y enfatizó que: “...la libertad física se expresa a través de un amplio espectro de posibilidades, y por esa razón su tutela comprende un ámbito de protección negativo (imposibilidad de privar de ella en forma ilegal), y de uno positivo (asegurar el libre desplazamiento -y en este caso concreto, acceso al lugar donde se encuentra el hogar-)”.

Expresó en aras de fundamentar la proclama de la falta de fundamentación por omisión de tratamiento de cuestiones esenciales y dirimentes para la solución del caso que: “[s]i los hechos no se encuentran controvertidos, al momento de resolver también deben tenerse en consideración otros factores que son esenciales para comprender el tipo de proceso en el que nos encontramos, como lo son las partes involucradas en el mismo (en este caso una comunidad originaria y una fuerza de seguridad), como la naturaleza de la cuestión traída a debate (el efectivo ejercicio de libertades básicas versus el ejercicio abusivo de la autoridad y la fuerza), la extensión temporal y espacial de los reclamos que dan origen a la litigiosidad”.

Dijo asimismo que: “...no se ha tenido en cuenta que los accionantes pertenecen a un sector vulnerable” y que: “[e]l concepto de vulnerabilidad se encuentra definido en las Reglas de Brasilia (oportunamente adoptadas por la CSJN), señalado que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas,





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

En esta línea adujo que: "[a]demás, podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Claramente los accionantes forman parte de un colectivo estructuralmente excluido y discriminado, desde los mismos orígenes del proceso de formación del Estado Nacional".

Así también, manifestó en lo relativo a "...la forma en que se deberán hacer efectivos los derechos de los integrantes de la comunidad Lof Campo Maripe" que: "...deberá ordenarse a las autoridades nacionales y provinciales, tanto a las fuerzas de seguridad implicadas como a los interesados en la explotación económica de esas tierras, el cese inmediato de todo acto lesivo de los derechos de los integrantes de la comunidad originaria Lof Campo Maripe, tanto en lo relativo a su libertad personal como al derecho a transitar libremente por suelo de la República, de conformidad con los arts. 14, 18 de la CN...".

Agregó que: "...ello no será suficiente en tanto en el futuro continúen las perspectivas de explotación de la tierra habitada por las comunidades originarias, por lo cual, deberán articularse mecanismos de diálogo de carácter permanente [...] para garantizar que los sujetos en favor de quienes esta acción fue promovida pueden ser escuchados y sus reclamos sean cuanto menos oídos" y que: "...deberá tenerse en cuenta que en este caso la Comunidad Lof Campo Maripe se encuentra integrada

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



por personas que presentan múltiples circunstancias que los incluyen en grupos vulnerables además de la pertenencia a una comunidad originaria, como ser en este caso concreto las familias que se encuentran integradas por adultos mayores y especialmente por menores de edad” y que “[e]n este último supuesto también consideramos oportuno señalar que corresponde que intervenga un asesor de menores a fin de que sus intereses cuenten con la debida y adecuada representación en juicio, tal y como lo ha establecido ya la CSJN”.

En definitiva solicitó que se haga lugar a los planteos efectuados por la Defensa Pública en el recurso de casación y se resuelva conforme a ellos”.

Respecto del “Dictamen Técnico Jurídico Derecho a la Consulta y Participación” surge que: “[e]n todos los procesos judiciales que abordan cuestiones vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas, debe tenerse especial atención a la normativa especial -nacional e internacional- que rige la materia” y que: “...las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, se suman a un contexto en el cual las comunidades ven afectados sus derechos territoriales y aún reclaman el cumplimiento de pisos mínimos de garantías que los respeten. Una de las omisiones principales por parte del Estado es la falta de relevamiento técnico jurídico catastral -ley 26160- y la demarcación y titulación de la propiedad comunitaria”.

En este orden se señaló que: “[l]a criminalización o persecución judicial ha sido una de las respuestas frente a los reclamos territoriales, y en un contexto de dificultades en el acceso a la justicia y represión de la protesta social





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

conforma un escenario delicado para el ejercicio de ciertos derechos".

Asimismo se dejó expresado que: "[l]os antecedentes del conflicto dan cuenta de que no hay elementos suficientes para garantizar que no se dé un arresto sin orden de autoridad competente. Sin embargo, en este caso no sólo se trata de la posibilidad de arresto, sino también de garantizar la libre circulación y permanencia en el territorio reclamado por la comunidad" y que: "[a] modo de brindar información actualizada sobre el contexto actual del conflicto, se señala que en forma reciente un medio de comunicación informó que 'YPF ya radicó 17 denuncias contra esta y la comunidad Campo Maripe (Infobae, 28/5/2018), lo cual sirve para ilustrar no sólo la persistente criminalización de las comunidades indígenas que habitan la zona de Vaca Muerta, donde se continuará con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y la necesidad de que se busque una salida respetuosa de la diversidad cultural y de los derechos de los pueblos indígenas".

4º) Que, a su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, alegó que: "...asiste razón al accionante en tanto la sentencia impugnada contiene defectos de fundamentación que impiden considerarla como un acto jurisdiccional válido". Al respecto, entendió que: "[c]ontrario a lo afirmado por la Cámara de Apelaciones, considero que el remedio legal intentado es el constitucionalmente previsto para tutelar el derecho que se dice lesionado. En este sentido, Sagüés enseña que el habeas corpus preventivo puede operar respecto del habeas corpus principal (amenaza de arresto) como respecto del llamado 'habeas corpus restringido' que protege a los habitantes

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



respecto de restricciones menores al *ius movendi et ambulandi*. Inclusive procede respecto de meros seguimientos arbitrarios que no restringen la libertad ambulatoria”.

Indicó que: “...el hecho de que el acto reputado como lesivo se haya concretado sin consecuencias una vez en el pasado implica que puede repetirse. Además no debe olvidarse que el conflicto territorial permanece vigente” y que: “...Sagüés entiende que, incluso en caso de duda respecto de la amenaza, corresponde otorgar el habeas corpus preventivo. Por esa razón se requiere al juez que ordene a la fuerza en cuestión que se abstenga de proceder de esa forma, hasta tanto se resuelva judicialmente el conflicto o se verifiquen otras razones con fundamento legal que lo autoricen”.

Adujo asimismo que: “...si se omite la existencia de otras normas de jerarquía constitucional y otras provenientes del derecho internacional que amparan a los derechos de los pueblos originarios, su preexistencia étnica y cultural, así como la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (arts. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, 13 y 19 del Convenio n° 169 de la OIT, 10, 11, 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, VI, XXI y XXIX de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.

De otra parte, señaló que debe: “...insistir en que en este expediente no se decide la titularidad de las tierras en disputa” y que: “[l]o que sí resulta relevante es la existencia de un despliegue ‘desmedido’ por parte de la Gendarmería Nacional, reconocido por el juez de primera instancia. Esa ‘desmesura’ es el acto que perturbó la libertad





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

ambulatoria de los accionantes y que no fue valorado por el juez federal ni por la Cámara de Apelaciones.

En este sentido, basta recordar lo manifestado por el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso de apelación. En aquella oportunidad sostuvo: "...que los testimonios brindados por Albino Campos y Natalia Izaza habían ilustrado las características de la actividad desplegada por Gendarmería Nacional y los impedimentos que habían sufrido los pobladores de la comunidad Campo Maripe para acceder a los puestos que poseen en el territorio para dar agua al ganado, sobre la inexistencia de vías de acceso alternativas, sobre los apostamientos de Gendarmería Nacional, etc." y que: [t]odo esto fue ignorado por los magistrados".

Además refirió que: "[t]ambién se señaló la presencia de afirmaciones contradictorias en la sentencia de primera instancia. En este sentido, se observa que el juez de primera instancia había reconocido la interrupción del paso a los miembros de la comunidad por los caminos del territorio sobre el que ejercen posesión pero, acto seguido, se afirmó la ausencia de actos lesivos sin explicar por qué esa interrupción habría resultado inocua o ilegítima. Si existió aquello que el juez consideró como 'acto desmedido' por parte de la Gendarmería Nacional, entonces no es posible negar la existencia del acto lesivo denunciado. Estos son los actos que se pretende evitar".

Asimismo, sostuvo que: "...el juez de primera instancia había omitido expedirse sobre la existencia y legitimidad de la orden a la cual había obedecido el acto denunciado como lesivo so pretexto de no emitir opinión sobre hechos que constituyen el objeto procesal de otra causa que tramita de su

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



juzgado, el juez omitió pronunciarse sobre el objeto de este habeas corpus. Esto constituye una falta de motivación, que debió haber sido sancionada con la nulidad de la sentencia [... a]unque el representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior haya consentido la resolución de la Cámara, [se ve] en la obligación de señalar este vicio en cumplimiento del rol constitucionalmente asignado a e[sa] parte..”.

Por último, refirió que: “...tanto la sentencia del Juzgado Federal de Neuquén n° 2, así como la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, han prescindido de las pruebas producidas en el expediente y de las normas aplicables al caso”.

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso interpuesto por la defensa y se dicte una nueva sentencia que ordene a la Gendarmería Nacional que, en el marco del territorio delimitado que ocupa la Comunidad Campo Maripe, se abstenga de concretar cualquier ingreso sin orden de autoridad judicial, con excepción de aquellas situaciones que se encuentran previstas en las leyes vigentes; asimismo requirió que se ordene a aquella fuerza que ajuste sus eventuales tareas de prevención a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de las leyes vigentes en procura de la seguridad del personal de la empresa YPF (u otras vinculadas a la explotación hidrocarburífera en -sic- el área) y los habitantes de la zona en conflicto”.

5°) Que, por su parte, los apoderados de Gendarmería Nacional, afirmaron que: “...corresponde estarse y remitirse en un todo a los argumentos expresados por esta parte en la audiencia del art. 14 de la ley 23.098, celebrada el día 5 y 12/1/2018 al sostener la improcedencia de la vía intentada por





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

los recurrentes y la sinrazón argumental ensayada por los amparistas".

Mencionaron que: "...los quejosos requieren que las Fuerzas de seguridad pidan autorización a la comunidad amparista ('consulta previa') para ingresar a tierras de las cuales hoy por hoy no resultan titulares. De igual modo, pretenden que se actúe ante una eventual detención".

Manifestaron que: "[p]or si fuera poco, los recurrentes, en una clara confesión que al día de la fecha no resultan titulares de las tierras que reclaman como propias, requieren de V.E., utilizando la acción de habeas corpus, que se intime al Estado Nacional y Provincial a concluir 'un relevamiento de tierras', todo lo cual resulta ajeno y absolutamente improcedente, no solo por la vía procesal intentada, sino además porque se requiere, en este caso, ante jueces competentes en materia Penal" y que: "...se soslaya el tiempo transcurrido desde los hechos invocados en el escrito inicial y el presente, donde no ha existido ni una sola acción que permita sostener la temporalidad o incluso una ilusoria amenaza inminente que torne viable la acción".

Expresaron por último que: "...a fin de evitar estériles repeticiones, cabe estarse y remitirse, tal como ya se ha señalado, a los correctos y sólidos argumentos jurídicos y fácticos sostenidos por el Juez y Tribunal a quo al momento de resolver el rechazo de la presente acción".

En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

6°) Que este colegio ya se ha pronunciado en orden a la admisibilidad del remedio casatorio, maguer la inexistencia

de regla expresa que conceda jurisdicción a esta Cámara Federal de Casación Penal (art. 23 del CPPN).

En la ocasión, se indicó -entre otros argumentos- (cfr. causa n° 14.805, caratulada: "N.N. s/recurso de casación", rta. 2/2/2012, reg. n° 19.653 y causa n° 16.436, caratulada: "Procuración Penitenciaria s/recurso de casación", reg. n° 647/13, rta. 22/5/2013) que: "[s]i bien el art. 432 CPPN ha establecido un régimen de numerus clausus al declarar que 'las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley', ni el hecho de que las decisiones de la naturaleza de la que aquí se pretende impugnar no estén comprendidas en los arts. 457 y ss. C.P.P.N, ni el art. 19 de la ley 23.098 conducen a la aplicación de tal regla de clausura cuando se invoca una cuestión federal que habilita la competencia de esta Cámara de Casación como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos 328:1108 ('Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación s/recurso de hecho') doctrina que ha sido extendida a las impugnaciones de decisiones sobre hábeas corpus dictadas en el marco de la ley 23.098, si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal en el caso de Fallos: 331:632 ('Sandoval, Sebastián Ricardo')". Tal, fue el criterio previamente adoptado en auto (cfr. fs. 232/249 vta.).

Por lo demás, el recurso de casación ha sido deducido temporáneamente y satisface las demás exigencias formales del artículo 463 del rito.

- III -

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CÁMARA 14

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



#30069666#211540284#20180713155123123



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

7º) Que despejada la cuestión formal de la presentación en trato, desde que lo que motiva esta vía tiene origen en la decisión de la Cámara de Apelaciones que rechazó los recursos deducidos por la defensa en representación de los miembros de la Comunidad Lof Campo Maripe, y también por el representante del Ministerio Público Fiscal, deviene necesario relevar las vicisitudes procesales que resultan pertinentes para la solución del caso.

Así, esta Sala por decisión de fecha 22 de diciembre ppdo., dispuso: "...hacer lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, anular la decisión de fs. 41/44 y todo lo actuado en consecuencia y, por la celeridad que el caso impone -con la debida comunicación a la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca- remitir en la fecha la causa al Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Neuquén a fin de que se imprima el correspondiente trámite de hábeas corpus preventivo" (cfr. fs. 232/249 vta.).

Arribadas las actuaciones a su origen, el juez decidió, entre otras medidas, citar a las partes para el día 5 de enero de 2018, a fin de llevar a cabo la audiencia del artículo 14 de la ley 23.098 (fs. 254).

En este contexto, obra el acta de la audiencia oportunamente celebrada (fs. 270/274), de las diversas medidas de prueba oportunamente producidas (cfr. fs. 279/281, 282/283vta., 284/285 y 286/294), de la consecuente reanudación de la audiencia *supra* referida (fs. 303/305), y de la respuesta del Secretario de Desarrollo Territorial y Ambiente de la Provincia de Neuquén (fs. 338/339).

Así las cosas, el magistrado de grado, por auto de fecha 22 de enero de 2018, dispuso rechazar la acción de

hábeas corpus preventivo interpuesta a favor de la comunidad "Campo Maripe" (cfr. fs. 348/354vta.).

Frente a ello, la Defensa Oficial y el Fiscal Federal interpusieron recursos de apelación solicitando que se revoque el decisorio apelado, se acoja la denuncia de hábeas corpus y se ordene a la Gendarmería Nacional que se abstenga de llevar adelante cualquier operativo y detención sin mediar orden judicial de autoridad competente en el territorio de la Comunidad Lof Campo Maripe (cfr. fs. 363/374vta. y 375/382, respectivamente).

Recibidos los obrados en la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, se incorporaron las presentaciones de los recurrentes en los términos del artículo 20 de la ley n° 23.098 (cfr. fs. 390/391 y 393/vta.) y, finalmente, la alzada resolvió confirmar lo resuelto en la anterior instancia (fs. 395/406).

Contra aquel auto la Defensa Pública Oficial dedujo el remedio en trato.

-IV-

8°) Que, sentado lo expuesto, el planteo casatorio debe tener favorable acogida, por cuanto la decisión atacada no cumple acabadamente con las exigencias de fundamentación que impone el ceremonial (art. 123 CPPN).

Efectivamente; este resguardo no sólo es idóneo para la publicidad y control republicano, sino que también persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias, a la vez de poner límites a la libre discrecionalidad del juzgador.

Así, el *a quo* señaló que: "...advier[t]e luego de evaluada la posición de las partes en la audiencia y de producida la prueba, que no es la acción de hábeas corpus la





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

adecuada para proteger el derecho que se dijo vulnerado y actualmente amenazado".

También, mencionó que: "...si bien el habeas corpus protege la libertad, lo hace frente a un tipo de ataque específico: los arrestos ilegales", y agregó que: "...la libertad turbada en este caso y que se dice amenazada ha sido, tal lo postulado, no aquella protegida por el art. 18 de la CN, sino la de transitar el territorio argentino consagrada en el art. 14 de la CN. Este derecho al que la Carta Magna se refiere como de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio cuenta con otro remedio legal para asegurar o restituir en su goce: el amparo".

En ese orden, sostuvo que: "[p]odría entonces esta alzada en el escenario descripto acudir al principio *iura novit curia* y transformar este proceso resolviéndolo bajo las reglas de la citada ley 16.986. Sin embargo ello sólo sería posible en la medida en que existiese un caso [...] una lesión actual o, al menos, una amenaza inminente al derecho lesionado", concluyendo que "...la causa legitimante que ocasionó la lesión al derecho que se dice afectado, la actuación y presencia de la GN en el lugar, ha perdido virtualidad".

En esa dirección, valoró que: "[d]urante estos largos 8 meses no sólo no se verificaron nuevos hechos de la entidad de los denunciados, sino que siquiera se detectó la presencia de personal en la zona en cuestión".

Por fin, refirió que: "...la presente resolución se dicta dentro del limitado marco normativo señalado; ello por cuanto si bien se han introducido aspectos vinculados a la posesión, propiedad y derechos de los pueblos indígenas o

originarios, reconocidos en el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, para nada implica este pronunciamiento negar o desconocer ello, como tampoco afirmar o rechazar cualquier pretensión que pueda tener la comunidad en el territorio o ámbito geográfico en el que se suscitaron los hechos”.

Empero, y tal como lo señaló el casacionista: “[q]ue los magistrados hayan reseñado que en los hechos, a su criterio, se vio solamente afectada la libertad de circulación o tránsito, no implica necesariamente asumir, sin lugar a dudas, que de ningún modo pueda llegar a perpetrarse un arresto sin orden de autoridad competente, dados los antecedentes del conflicto”.

Al respecto, cabe destacar que el representante del Ministerio Público Fiscal, tanto en la audiencia llevada a cabo a tenor de lo prescripto en el artículo 14 de la ley n° 23.098, como en la oportunidad de recurrir la decisión del juez de grado que rechazara el habeas corpus entablado, cuanto en ocasión de efectuar el informe previsto en el art. 20 de la citada ley, propició que se acogiera la acción oportunamente interpuesta. Lo propio predica el Fiscal General ante esta instancia.

Asimismo, y frente al argumento del *a quo* de la alegada pérdida de virtualidad de la causa que ocasionó la lesión al derecho que se dijo afectado, tal como lo refirió el recurrente, ello no importa necesariamente que no pueda volver a ocurrir mientras tanto no se otorgue una solución definitiva y de fondo sobre el origen del conflicto.

En ese orden, cabe relevar que sobre el extremo, en ocasión de interponer el recurso de apelación, el propio





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Fiscal invocó que: "[l]a sentencia dedica a esta cuestión un solo párrafo. Aporta como fundamento que en los últimos siete meses Gendarmería Nacional no se ha hecho presente en las tierras de posesión comunitaria de los amparados" y agregó que "...la fundamentación expresada resulta insuficiente y aparente, y no ha ingresado mínimamente a considerar los argumentos fácticos y jurídicos aportados por las partes para considerar la concurrencia de actualidad en la amenaza" (cfr. fs. 377vta.).

En igual dirección se expidió la amparista en la misma oportunidad procesal, ocasión en la que sostuvo que "...con relación a la actuación de Gendarmería Nacional en el lugar, se instruye actualmente una causa penal, razón por la cual es esperable que la fuerza de seguridad no realizara nuevos despliegues territoriales sin orden judicial" [y que] "...la actualidad de la amenaza es una consecuencia del esperable recrudecimiento del conflicto, dados los constantes anuncios gubernamentales sobre la proyección de inversiones petroleras en la zona del conflicto, y el reconocido incumplimiento de las normas que obligan al Estado a efectuar el relevamiento territorial y reconocer la propiedad y posesión de las tierras empleadas por el Lof" (fs. 367 vta.).

9º) Que cuadra señalar que hace ya largo tiempo el Alto Tribunal, en armonía con las prescripciones internacionales sobre derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional mediante su incorporación a la Carta Magna con la reforma acaecida en el año 1994, sostuvo *in re* "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación" (Fallos: 318:514) que "...la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben



no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que existirían para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -“Excepciones al agotamiento de los recursos internos”- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (*id.*, párrafo 23).” (cfr. considerando 12).

Por otra parte, el alcance de la cláusula constitucional, ya ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en los autos “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, donde resolvió que “Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el *hábeas corpus* como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla. " (cfr. considerando 16).

Asimismo que **"...debido a la condición de sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen iuris* específico de la acción intentada,** conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros." (cfr. considerando 17, el destacado no obra en el original).

10°) Que, se advierte que el *a quo* no ha satisfecho cabalmente lo ordenado por esta Sala en su actuación anterior, por cuanto -además de haberse señalado la irregularidad del trámite- también se había destacado la falta de tratamiento adecuado de la cuestión invocada por la parte, en tanto la especificidad de la materia ventilada en la acción de hábeas corpus se enmarca en un reclamo cimentado en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

En este contexto, cabe evocar cuanto sostuve en oportunidad de emitir pronunciamiento en la anterior intervención de este colegio, en orden a que: "...no resulta ocioso memorar que la especificidad de la cuestión ventilada en la acción de hábeas corpus se enmarca en un reclamo cimentado en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, en cuanto reconoce la preexistencia étnica y



cultural de los pueblos indígenas argentinos, la personería Jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, así como asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, apartado cuya operatividad es dable reconocer (cfr. causa n° FGR 11180/2017/2/RH2, caratulada: "Comunidad Lof Campo Maripe (Loma de Campana) s/ recurso de casación", reg. n° 1738/17, rta. 22/12/2017, con sus citas).

Asimismo, en este precedente, mencioné que: "...la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que: 'existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales' (cfr. CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, pág. 9)".

En esa línea, el cimero tribunal nacional en los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo" advirtió sobre: "...el carácter disvalioso del resultado al que condujo la conclusión censurada puesto que importó para la Comunidad, lisa y llanamente, la clausura in limine y definitiva de toda revisión judicial de los dos aspectos en juego, vale decir, la actividad legislativa y ejecutiva comprometidas se ve incluso fuertemente agravado a poco en que se repare en los singulares bienes jurídicos puestos en la liza".

Allí recordó que: '[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas tiene juzgado la Corte





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Interamericana de Derechos Humanos corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [Y] la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros).

Ex abundantia, la CoIDH sostuvo que: "[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los

territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados" (cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, cit., y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, párrs. 118 y 121).

En ese orden, la CoIDH ha reconocido que: "[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros" (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147, cit., asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43).

También por vía del precedente de Fallos: 331:2119, la Corte Suprema de Justicia de la Nación evocó que el





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

tribunal supranacional ha establecido que: "[l]a relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la "protección judicial" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar "ilusorios o inefectivos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31-8-2001, Serie C n° 79, párr. 134, sus citas y otros)".

En esa línea, tampoco puede perderse de vista que la CoIDH ha establecido que: "que el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido, en otras oportunidades, que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son 'verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación' (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 177).

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



De este modo, el Tribunal ha declarado que "la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar" (cfr. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, párr. 185. Véase asimismo, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 179, cit.).

Con relación con la Convención Americana, la CoIDH refirió que: "...cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (cfr. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014. (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie CN° 282, párr. 311).

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNOS, JUEZ DE CÁMARA 26

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



#30069666#211540284#20180713155123123



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

En estas condiciones, nunca más oportuno recordar la obligatoriedad de las disposiciones del sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos, bajo riesgo de constituir su negación un factor limitante para el desarrollo de la institucionalidad del Estado, siendo que -además- el Poder Judicial ocupa el rol de garante del accionar legítimo estatal frente a su eventual responsabilidad internacional (cfr. *in extenso*, causa n° FSM 493/2008/T01/4/1/CFC4, caratulada: "Riveros, Santiago Omar s/recurso de casación", reg. n° 715/17, rta. 9/6/2017, con sus citas).

En efecto, el objeto de la pretensión se dirigió contra la Gendarmería Nacional y la Policía de la Provincia del Neuquén, por considerar que el accionar desplegado por estas dos fuerzas de seguridad durante las jornadas de los días 21 y 22 de junio de 2017, al que reputaron de ilegal, configuró para los miembros de ese colectivo una efectiva amenaza de las **libertades ambulatoria y de circulación** por carecer de la respectiva orden emanada de una autoridad judicial competente -art. 3, inc. 1°), ley 23.098- y también de la **integridad física de personas mayores y menores de edad...**" (fs. 395/vta., el destacado no obra en el original).

Asimismo, se dejó anotado que: "...los actos denunciados como lesivos consistieron, concretamente, en la presencia de miembros de la fuerza federal consignada en primer término en el párrafo anterior en inmediaciones del lugar en el que se encontraban miembros de la comunidad, en dos o tres ocasiones previas al 21/6/2017..." (fs. 395vta.).

Por último, se invocó que: "...los denunciantes consignaron que los agentes de la aludida fuerza federal se condujeron con violencia e **impidieron salir a los miembros de**



la comunidad que se hicieron presentes en el terreno, quienes así quedaron aislados y debieron realizar un rodeo por caminos alternativos recorriendo una distancia de alrededor de 50 kilómetros, todo ello durante el tiempo que demandó el operativo, iniciado alrededor de las 10:00 y finalizado a las 20:00. Añadieron que idéntico procedimiento fue repetido en la jornada del 22/6/2017..." (fs. 395vta., el destacado no obra en el original).

Al respecto, se predica doctrinariamente que hechos como los aludidos por el accionante: "...constituyen *prima facie* una afectación a su libertad ambulatoria, pues denuncia que ha sido detenido injustificadamente, amenazado y perseguido por personal policial y provincial sin una orden de autoridad competente. Precisamente, el instituto cuya aplicación postula [el imputado] tiende a proteger a los ciudadanos de las interferencias arbitrarias que pudieran afectar la libertad..." y que "...los dichos de[l imputado] constituyen: "...-preliminarmente- un indicio vehemente sobre la existencia de amenazas ilegítimas a su libertad personal, todo lo cual autoriza a acoger favorablemente la acción de habeas corpus deducida, máxime cuando de las actuaciones no surge que dichos actos hubieran sido dispuestos por una orden judicial" (Ledesma, Ángela Ester, "Juicio de hábeas corpus", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, págs. 72/73).

Con todo, y atento la naturaleza y entidad que se recordaba en marco la acción promovida -defensa de los derechos de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17 Constitucional) no puede perderse de vista que el pasado 27 del corriente, se realizó en el Salón Gorostiaga del Palacio de Justicia, la videoconferencia "Acceso a Justicia de los





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

pueblos indígenas", organizada por la Oficina de la Mujer, a cargo de la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Elena Highton de Nolasco. Fue invitada a disertar Carmen Burgos, asesora jurídica de la Organización de las Naciones y Pueblos Indígenas en Argentina y responsable del Programa Pueblos Indígenas del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) -cfr. Centro de Información Judicial, fecha de publicación: 28/6/2018)-.

En tal sentido, una vez más menester es remarcar que: "Esta obligación general del Estado adquiere un contenido adicional en el caso de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros¹¹³. La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos. Esta obligación estatal positiva de adoptar medidas especiales se acentúa mayormente cuando se trata de los niños y niñas o de las mujeres indígenas, puesto que su nivel de vulnerabilidad es aún mayor" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA, 2010, párr. 49).

En esa dirección, el decisorio que desoye lo oportunamente indicado por esta cámara carece de fundamentación, no cumple con la exigencia de motivación



impuesta por el art. 123 del rito, a lo que se aduna que no ha valorado la totalidad de los antecedentes necesarios y conducentes para la adecuada solución del caso (Fallos: 268:48 y 295:790) por todo lo que luce arbitrario; luego, corresponde su invalidación.

En definitiva, de conformidad con el dictamen fiscal propicio -sin más- al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, anular la resolución recurrida y, en consecuencia, remitir las actuaciones a su origen, para que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a los parámetros aquí establecidos (arts. 123, 471, 530 y ccds. CPPN).

Tal, mi voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

I. Adhiero al voto del distinguido colega preopinante en cuanto a que corresponde la invalidación del decisorio impugnado pues adolece de la fundamentación exigida a tenor del art. 123 del CPPN, habiéndose inobservado los estándares mínimos que deben respetarse en atención a la envergadura de los derechos constitucionales y convencionales que se encuentran en juego.

Llegan nuevamente estas actuaciones a esta instancia, como consecuencia del rechazo de los recursos deducidos por la defensa en representación de los miembros de la Comunidad Lof Campo Maripe y también por el Ministerio Público Fiscal, por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

En la anterior intervención esta Sala hizo lugar al recurso de casación interpuesto, sin costas, anuló la decisión de fs. 41/44 y todo lo actuado en consecuencia y -con la debida comunicación a la Cámara Federal de Apelaciones de





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

General Roca- remitió en la fecha la causa al Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Neuquén a fin de que se imprima el correspondiente trámite de hábeas corpus preventivo, con la celeridad que el caso impone.

Arribadas las actuaciones al Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Neuquén, se celebró la audiencia prevista en el art. 14 de la ley 23.098 (cuya omisión a la sazón, había determinado la invalidación del decisorio anterior que había denegado la vía intentada) y se llevaron a cabo diferentes medidas de prueba.

En fecha 5 de enero de 2018 el juez federal interviniente rechazó la acción de hábeas corpus preventivo interpuesta a favor de la Comunidad "Campo Maripé" lo que motivó, apelación mediante, la decisión de la Cámara del fuero de confirmar lo resuelto en la instancia anterior (fs. 395/406).

II- Formulada una sucinta reseña de los antecedentes procesales, cabe examinar la decisión recurrida.

Para así decidir, los jueces de la instancia anterior señalaron que, luego de evaluada la posición de las partes en la audiencia y de producida la prueba, no es la acción de habeas corpus la adecuada para proteger el derecho que se dijo vulnerado y actualmente amenazado.

En esa inteligencia consideraron que si bien el habeas corpus protege la libertad ambulatoria, lo hace frente a un tipo de ataque específico: los arrestos o privaciones de libertad ilegales.

Es decir, procede ante una lesión a la libertad por arresto arbitrario o ante una amenaza actual de que ello acontezca, sin orden escrita de autoridad competente, así como



también frente al agravamiento ilegítimo de las condiciones en las que se cumple una detención.

Con sustento en ello, concluyeron que la libertad turbada en este caso y que denuncian amenazada ha sido, no aquella protegida por el art. 18 de la CN, sino la de transitar el territorio argentino consagrada en el art. 14 de la CN. Este derecho al que la Carta Magna se refiere como de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio, la que lo entender del *a quo* cuenta con otro remedio legal para asegurar o restituir en su goce: el amparo.

En esa inteligencia, argumentaron que si bien podrían acudir al principio *iura novit curia* y transformar este proceso resolviéndolo bajo las reglas de la ley 16.986, ello sólo sería posible en la medida en que existiese un caso (art.2, ley 27), es decir, una lesión actual o, al menos, una amenaza inminente al derecho lesionado

En ese marco de actuación, advirtieron que la causa legitimante que ocasionó la lesión al derecho que se dice afectado, la actuación y presencia de la GN en el lugar, ha perdido virtualidad toda vez que durante este lapso (a ese devenir 8 meses) no sólo no se verificaron nuevos hechos de la entidad de los denunciados, sino que siquiera se detectó la presencia de personal en la zona en cuestión.

Por último, aclararon que la presente resolución se dicta dentro del limitado marco normativo señalado; ello por cuanto si bien se han introducido aspectos vinculados a la posesión, propiedad y derechos de los pueblos originarios, reconocidos en el art.75, inc. 17, de la Constitución Nacional, para nada implica este pronunciamiento negar o desconocerlo, como tampoco afirmar o rechazar cualquier





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

pretensión que pueda tener la comunidad en el territorio o ámbito geográfico en el que se suscitaron los hechos.

El ámbito de esta decisión se ve circunscripto a la actual corroboración de los requisitos previstos para la procedencia del habeas corpus, los que en esta instancia y actualidad no se configuran de acuerdo a los argumentos explicitados precedentemente.

III. El habeas corpus preventivo sometido a control jurisdiccional tiene como antecedente la pretensión de la Comunidad Lof Campo Maripe de que se delimiten las tierras por las que circulan y manifiestan tener derechos ancestrales sobre la propiedad comunitaria y oponiéndose a su desalojo o expulsión, sosteniendo derechos preexistentes constitucionales, conforme el art. 75, inc. 17 de la Carta Magna.

En ese contexto, habida cuenta del entramado del conflicto existente entre Gendarmería Nacional y la Comunidad Lof Campo Maripe, el remedio procesal deducido tiene en miras ante la factibilidad cierta de que se intensifique la tensión, que las fuerzas de seguridad se abstengan de actuar sin orden escrita de autoridad competente.

De la lectura de la resolución recurrida se advierte que los jueces no se abocaron como debían al estudio de la cuestión sometida a su decisión, anteponiendo meros obstáculos formales que no dimanaban del texto de la ley ni de su correcta hermenéutica.

Es decir, sostuvieron que el derecho que se habría visto afectado y que motivó estas actuaciones no es el tutelado por el art. 18 de la CN, sino el derecho a la libertad de transitar el territorio argentino, lo que debió



haber sido objeto de una acción de amparo, argumentando que la causa legitimante que ocasionó la lesión al derecho ha perdido virtualidad.

Dos déficits relevantes le atribuyo a la decisión del *a quo*.

La primera se asienta en la distinción efectuada entre los derechos contenidos en los arts. 14 y 18 de la CN y en la consecuente consideración de que los mecanismos procesales para su tutela deben ser distintos.

Ciertamente, como aduce la defensa, dicha diferenciación es aparente, toda vez que ambos derechos representan en el caso dos caras de la misma moneda.

En virtud del art. 18 CN las personas no pueden ser privadas de su libertad sin que medie una orden escrita de autoridad competente y de conformidad con el art. 14 CN tienen derecho a circular libremente por el territorio nacional, lo que implica que no pueden ser excluidas del acceso a determinados lugares sino mediante orden judicial, máxime aún si se trata, como en la especie, del territorio donde ejercen posesión.

La libertad física comprende un amplio espectro de posibilidades y de allí que su protección incluya un ámbito negativo, vinculado con la prohibición de arrestos ilegales y otro positivo, tendiente a asegurar el libre desplazamiento de las personas por el territorio nacional y en particular, garantizar el libre acceso al lugar donde la comunidad tiene su hogar.

Por tanto, no es ajustado a derecho el razonamiento del *a quo* a cuyo tenor descarta que el habeas corpus procure la tutela de la libertad garantizada en el art. 14 de la CN.





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Y dicho error se enfatiza a poco que se repare en que más allá del *nomen iuris* de la vía escogida, tanto el habeas corpus como el amparo procuran evitar la lesión o amenaza a garantías constitucionales y ambos remedios tramitan en la misma competencia federal, por lo que no existían obstáculos para reconducir la vía escogida por el accionante, de haber sido ésta inadecuada.

El segundo error de la argumentación del *a quo* estriba en la consideración de que el caso tampoco atendía al requisito de actualidad de conformidad con el art. 3 inc. 1° de la ley 23.098.

Resulta oportuno recordar que dicha disposición establece que "*corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente*".

Como surge del texto de la norma, el alcance de este instituto abarca tanto los supuestos de efectiva privación ilegítima de la libertad como también los casos donde se constate una amenaza de sufrirla. En definitiva con esta garantía se procura proteger la libertad frente a los abusos de la autoridad y de poder.

De adverso a lo sostenido por el *a quo*, considero después de un examen profundo de las cuestiones debatidas a la luz de las normas convencionales que deben observarse, que la causa que ocasionó la lesión al derecho de los accionantes no ha perdido virtualidad, antes bien se encuentra latente.

Los antecedentes fácticos del conflicto que reviste un alto grado de contingencia evidencian que no hay elementos suficientes para garantizar que no se verifique un arresto o



una limitación a la libertad física de los miembros de la comunidad sin orden de autoridad competente, por lo que el habeas corpus preventivo se erige así como el mecanismo idóneo para evitar que esto se efectivice, es decir, para impedir posibles afectaciones a la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los miembros de la comunidad.

La arbitrariedad de la decisión del *a quo* no resulta menor si se atiende al contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran los miembros de la comunidad de pueblos originarios debido a su condición -forman parte de un colectivo estructuralmente excluido- y de la especial naturaleza de los tópicos involucrados, en virtud de los compromisos asumidos por el Estado Argentino ante la comunidad internacional, no debiendo soslayarse el extenso lapso transcurrido en el trámite del presente sin que se haya garantizado la tutela judicial efectiva a los peticionantes.

El planteo discurre sobre la cuestión de la superioridad normativa de las normas convencionales y constitucionales y los compromisos que el Estado Argentino asumió ante la comunidad internacional al suscribir tratados y su responsabilidad ante su incumplimiento.

En este orden de ideas, cabe evocar lo sostenido por la suscripta al votar en la anterior oportunidad en que estas actuaciones fueron sometidas a control casatorio.

Allí señalé que corresponde analizar la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, que establece el nuevo estándar mínimo para la protección de los derechos humanos de los pueblos y las





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

personas indígenas, y representa un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional de los derechos humanos.

Los derechos humanos son aquellos que tienen todas las personas por el solo hecho de serlo, sin distinción de sexo, raza, etnia, edad, religión, partido político o condición social, cultural o económica. Están contemplados por la Constitución de la República Argentina y por los distintos compromisos internacionales asumidos por el país en el art. 75 incs. 17 y 22 de la Carta Magna.

Dicha Declaración es un logro producto del arduo trabajo realizado por representantes del gobierno, líderes indígenas y organizaciones no gubernamentales. Sus considerandos y artículos son una expresión universal, constituye un compromiso de cumplimiento de los Estados, resultado de un largo proceso de análisis, discusión y búsqueda de consensos con los pueblos originarios.

Con su letra, se reafirma que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas es un derecho humano por su relación intrínseca con la naturaleza, es por ello que las decisiones jurisdiccionales en las que se encuentran comprometidos derechos en torno a la temática, deben llevarse a cabo cuidadosamente respetando los intereses de cada uno de sus protagonistas.

En dicha inteligencia, conviene recordar, que en el preámbulo del mencionado instrumento internacional se indicó *"...la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras,*



territorios y recursos". Además, se señaló que "...si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades. Y Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe."

Seguidamente, en su artículo 10 establece que "...Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso"; en el artículo 29 establece que "...1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos".

Conforme las normas convencionales y constitucionales que corresponde aplicar y a fin de brindar el servicio de administración de justicia que merecen los involucrados, es que en la presente investigación deberá subsanarse la irregularidad procesal en la que ha incurrido el *a quo* teniendo en cuenta los lineamientos antes esbozados.

Por lo demás, también deberá tomarse en consideración el alto grado de vulnerabilidad -social, geográfica, laboral, familiar, personal- que presentan los miembros de la comunidad originaria denunciante en autos.

Tampoco es posible soslayar, el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, refrendado el 7 de junio del año 1989, que en su artículo 3 apartado primero establece: "*Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación*".

En lo que respecta al territorio, indica que los Estados Partes en el artículo 14 convienen que: "*1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para*

Fecha de firma: 13/07/2018

Firmado por: ANGELA ESTER LEDESMA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ANA MARIA FIGUEROA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GUSTAVO MARCELO HORNO, JUEZ DE CÁMARA

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA



determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nación para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

A partir de la Reforma Constitucional del año 1994, el Estado Nacional legisla acorde al paradigma internacional, por ello reconoce la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos". Así, entre las atribuciones del Congreso de la Nación, el Constituyente estableció el deber de "Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (art. 75 inc. 17 de la CN).

Conforme la jerarquía constitucional de dichas disposiciones el 23 de noviembre del 2006 se promulgó la Ley 26.160, que declara la emergencia en la posesión y propiedad de tierras que ocupan las comunidades aborígenes. El artículo 1 establece: "Declárase la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años. (Nota Infoleg: por art. 1° de la Ley N° 26554 B.O. 11/12/2009 se prorroga el plazo establecido en el presente artículo, hasta el 23 de noviembre de 2013)"; y el artículo 2, reza: "Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1°. La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada" (prorroga del artículo hasta el 23 de noviembre del 2013, Ley N° 26554).

Recientemente se sancionó la ley n° 27400 de "Prórroga de la Declaración de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de Tierras Ocupadas por Comunidades Indígenas Originarias", mediante la cual se prorrogaron los plazos establecidos en los artículos 1°, 2° y 3° de la ley 26.160, prorrogados por ley 26.554 y la ley 26.894, hasta el 23 de noviembre de 2021.

De los antecedentes recabados en autos surge que la Comunidad "Lof Campo Maripé" tiene personería jurídica otorgada por la provincia del Neuquén con fecha 24 de octubre de 2014 (cfr. fs. 1/9).

A lo analizado, he de agregar que en la sustanciación de la acción entablada por la comunidad aborigen Mapuche "Campo Maripe" corresponde aplicar el paradigma constitucional, respetando las obligaciones internacionales de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios respecto de sus tierras de ocupación ancestral y sobre sus recursos naturales.



A mi juicio no es posible concebir el derecho penal moderno sin contemplar los estándares convencionales y, en esa dirección, debe ponerse especial atención en este caso a la jurisprudencia internacional en la materia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla el derecho a la propiedad privada en su Artículo 21, contemplando que *"Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"* (21.1).

Al respecto la CorteIDH ha delimitado que dicha norma *"comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal"* (Caso del Pueblo Saramaka, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párr. 90). Dicha hermenéutica fue también sostenida por la Corte IDH al expedirse en el caso *"Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay"* (sentencia del 17 de junio de 2005), donde sostuvo que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana.

Así, en el caso *"Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua"* (sentencia del 31 de agosto de 2001), mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Corte IDH sostuvo que *"...tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad"*





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua".

En relación al concepto de propiedad en las comunidades indígenas, el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos ha considerado que entre los pueblos originarios existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad.

Se observa una estrecha relación que los pueblos originarios mantienen con la tierra que debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Es que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párrafo 149).

De igual modo la Corte IDH ha delineado que *"La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las*



comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 154).

En el trabajo “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional” elaborado por Unicef, se ha recordado que “Los pueblos indígenas en el mundo son portadores de lenguajes únicos, de sistemas de conocimientos y creencias particulares, y poseen una especial relación con la tierra y sus recursos, que es fundamental para su existencia física, cultural y colectiva. Además, tienen mucho en común con otros segmentos marginados de la sociedad, como la poca representación y participación política, la pobreza, la dificultad de acceso a servicios sociales y la discriminación” (https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf).

El Estado debe a partir de dichas características ofrecer y garantizar a las comunidades indígenas una particular protección en cumplimiento de lo dispuesto en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Ello exige la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación (Comisión IDH, Informe N° 40/04, caso 12.053





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004).

En dicho informe, la CIDH también indicó que tal criterio interpretativo está respaldado por las disposiciones de otros instrumentos y deliberaciones internacionales que sirven como mayores indicios de las actitudes internacionales sobre la función del sistema tradicional de tenencia de la tierra en los sistemas modernos de protección de los derechos humanos.

En esta línea, la Comisión IDH recordó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, donde se afirma que los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, exige que los gobiernos salvaguarden esos derechos y establezcan procedimientos adecuados para resolver las reivindicaciones de tierras.

Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad (Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 144).

Por lo expuesto y compartiendo las consideraciones efectuadas por el señor juez Slokar en el voto que encabeza este acuerdo, me expido en idéntico sentido al que allí propone, haciendo hincapié en que debe hacerse saber el



tribunal de origen que deberá tramitar las presentes actuaciones con la celeridad que el caso amerita.

Tal es mi voto.

El señor juez **Gustavo M. Hornos** dijo:

I. El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que en los casos en que se recurre una sentencia que rechaza una acción de habeas corpus, esta Cámara *“constituye un órgano intermedio ante el cual las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, máxime si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal”* (Fallos 331:632).

II. Por compartir en lo sustancial las consideraciones efectuadas por los colegas que me preceden en el orden de votación, habré de adherir a la solución que ellos propician.

Ello así por cuanto, comparto que la resolución recurrida resulta arbitraria y carente de fundamentación en la medida en que no cumple acabadamente lo ordenado por esta Sala en oportunidad de decidir sobre la procedencia del habeas corpus preventivo en el marco de la causa FGR 11180/2017/2/RH2 *“Comunidad Lof Campo Maripe -Loma de Campana- s/ recurso de casación”*, resuelta el 22 de diciembre de 2017.

En efecto, el juez se limitó a imprimir el trámite previsto en la ley 23.098 y al resolver del modo en que lo hizo, omitió tratar específicamente el reclamo de los accionantes. Resolución que fue convalidada, también de manera infundada, por los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca. Veamos.





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Los autos vuelven a esta instancia en virtud del recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial subrogante ante los Tribunales Federales de primera y segunda instancia de General Roca contra la decisión de la Cámara Federal de General Roca que rechazó el recurso interpuesto por la Defensa en representación de los miembros de la Comunidad Lof Campo Maripe.

El resto trámite de la presente acción de habeas corpus fue detallada por el voto que lidera el Acuerdo, por lo que me remito a lo allí señalado, en honor a la brevedad.

En lo que respecta a la procedencia del hábeas corpus colectivo como instrumento para procurar la tutela de los derechos que se alegan afectados, resulta pertinente señalar que aun cuando la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva debe tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada.

En este sentido, cabe tener presente el expreso reconocimiento que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado del hábeas corpus correctivo pluri-individual en el fallo "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" (Fallos 328:1146, consid. 16 y 17).

III. Ahora bien, al emitir mi voto en la anterior intervención recordé que la acción de Habeas Corpus Preventivo opera cuando -como sucede en el presente caso- la privación de la libertad no se ha concretado, pero sí existe la amenaza cierta de que ello ocurra.

Que la ley 23.098 pone especial énfasis en la



limitación o amenaza de la libertad ambulatoria, la cual implica, en alguna medida, mayor amplitud que la libertad física. La intención del legislador ha sido la de garantizar la limitación, no solamente de los actos que impliquen detenciones o arrestos, sino también las molestias restrictivas de la libertad física de un/a ciudadano/a, sin que necesariamente impliquen una extinción definitiva del ejercicio de este derecho.

Así, la acción de hábeas corpus preventivo originado en estos autos se fundamenta en la necesidad de dar amparo a la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los miembros de la Lof Campo Maripe; la que se habría visto amenazada por el accionar de la Gendarmería Nacional, particularmente los días 21 y 22 de junio de 2017. Asimismo, los accionantes pretendían conocer si subsiste orden de detención contra alguno de los miembros de la Comunidad.

En el caso de autos, la denuncia efectuada por los miembros de la Lof se vincula directamente con el reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, así como el aseguramiento de su participación efectiva en la gestión de sus recursos naturales y cualquier otro interés que los afecte (cfr. Constitución Nacional, Art. 75 inc. 17). Ello fue parte de lo que sostuve en oportunidad de emitir mi voto propiciando la nulidad del rechazo *in limine* de la acción interpuesta (cfr. FGR 11180/2017/2/RH2 -SALA II- C.F.C.P. "COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE -Loma de Campana- s/ recurso de casación).

En este sentido, también señalé que el reclamo se





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

sustenta en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales, en cuanto se afirma *"...que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos..."* (art. 13).

El art. 14.2 señala que: *"Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión."* También el art. 18 dispone que la ley deberá prever *"sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones."*

En este contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros fundamentos, pero principalmente preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas *"han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses"*; aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Allí, además de reconocer la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones

espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos, en el art. 46.2 se manifiesta que en el ejercicio de los derechos enunciados en la Declaración *“se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos... estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.”*.

Mediante la reciente sanción de ley 27.400 (B.O. 23/11/2017), se dispuso prorrogar la declaración de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personaría jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellos preexistentes, por el término de cuatro años.

Además en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016- los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos enfatizan la necesidad de que los Estados respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas derivadas de los Instrumentos Internacionales, en particular las relativas a los Derechos Humanos.

El artículo V se refiere a la plena vigencia de los





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Derechos Humanos al señalar que: *"Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos."*

En la Sección Quinta, la Declaración reconoce a los pueblos indígenas el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones próximas; tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido y a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que tienen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (artículo XXV)

En ese marco: *"Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos (...) 5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación."* (ver artículo XXV.4).

En lo que respecta a la falta de realización de la audiencia concluí en la irregularidad del trámite impreso a la

causa, toda vez que, las circunstancias descriptas ameritaban la producción de la audiencia prevista en el art. 14 de la ley 23.98, con la notificación de todas las partes interesadas.

En efecto, advertí que en el caso se había conculcado el derecho a ser oído en defensa de los derechos que se alegan conculcados, a los fines de que -con el resultado de la inmediación- se diese lugar a la posibilidad de esclarecimiento de la situación del colectivo amparado.

Derechos que el procedimiento de que se trata reconoce no obstante su carácter sumarísimo, el que no puede ser empleado en perjuicio del derecho de defensa (cfr. C.S.J.N. "Haro, Eduardo Mariano", Fallos: 330:2429, citado en mi voto en la causa Nro. 14.251 de esta Sala IV, "Petrisans, Diego Alejandro s/rec. de casación", Reg. Nro. 15.600, rta. 09/09/2011 y en la causa nro. 2090/14.4 "Luere, Claudio s/ recurso de casación", Reg. Nro. 2090/14.4, rta. 20/10/2014, entre otros).

Que el apartamiento de las reglas que con fines garantistas prevé la norma, constituye un injustificado rigorismo de carácter instrumental que afecta la defensa en juicio del accionante.

En este sentido, la Recomendación n° V/2015 "Reglas de Buenas Prácticas en los Procedimientos de Habeas Corpus" del Sistema de Coordinación y Seguimiento del Control Judicial de Unidades Carcelarias dispone en el art. 13: *"Cualquier pedido de informes, consulta, vista o traslado que disponga el juez a la autoridad denunciada, constituirá el auto de habeas corpus en los términos del artículo 11 de la Ley n° 23.098. En tales circunstancias ya no se podrá retrotraer el procedimiento y desestimar la acción a tenor de lo establecido*





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

por el artículo 10 de la Ley n° 23.098. El auto de habeas corpus pone en marcha el proceso y obliga a la realización de la audiencia prevista en el artículo 14 de la Ley n° 23.098...".

Asimismo: "La audiencia del artículo 14 de la Ley n° 23.098 es obligatoria y se realizará con la presencia del juez, la persona amparada o representantes del colectivo afectado, el defensor y las demás personas citadas que comparezcan. Durante su desarrollo se deben observar, además, los principios de oralidad, contradicción, concentración, simplicidad y desformalización. Cualquier excepción a tales principios sólo puede disponerse a favor de las personas beneficiarias de la acción y nunca en perjuicio de sus derechos..." (cfr. art. 14, V Recomendación).

En este orden de ideas, hice especial hincapié en lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, doctor Javier A. de Luca en cuanto a que el habeas corpus no podía resolver de manera permanente el fondo de la cuestión; pero sí debía llevarse a cabo la audiencia que prevé la ley para que con la convocatoria de todas las partes interesadas, se pueda dejar asentada y debidamente aclarada la posición de los involucrados en este conflicto y definir si existía alguna medida restrictiva de la libertad y en tal caso, en qué se basaba esa medida. Ello así, pues de existir la medida ella podría constituir un elemento que obstaculice el ejercicio de derechos y perturbe la discusión sobre el fondo.

Así entonces, la audiencia de Habeas Corpus directa, inmediata se constituía en la garantía más eficaz para el análisis amplio y desde toda perspectiva de las cuestiones en juego, dándole al peticionante la oportunidad con pleno acceso

a Justicia de expresar el sentido y el alcance de sus derechos y de la pretensión que reclama.

Sobre el acceso a Justicia de las comunidades indígenas corresponde recordar que la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición consideró necesaria la elaboración de Reglas Básicas relativas al Acceso a la Justicia de las Personas que se encuentran en Condición de Vulnerabilidad.

De este modo, se desarrollaron los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles".

Entre los beneficiarios de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, se destaca la pertenencia a comunidades indígenas.

En efecto, según las Reglas podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, **la pertenencia a comunidades indígenas** o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

En efecto, en lo que concierne a la pertenencia a comunidades indígenas se advierte que: "(9) *Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal...*".

En esa inteligencia se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante





Cámara Federal de Casación Penal

Sala II

Causa N° FGR 11180/2017/CFC1

"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

dicho sistema de justicia, *"...sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas."*

Además los *"...poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales."*

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

La Regla 49 establece que *"serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma."*

También en lo concerniente al acceso a justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para que ese acceso se logre en mayores y mejores condiciones, de modo tal que se garanticen sus derechos.

Bajo estos parámetros, la decisión recurrida aparece desprovista de fundamento válido, tornándola arbitraria por no cumplir con lo previsto en el art. 123 del Código Procesal Penal de la Nación, por cuanto no tuvo en cuenta la totalidad de los circunstancias conducentes a la solución en el caso y previamente señaladas por esta Sala.

IV. En virtud de lo dicho hasta aquí, coincido en



cuanto a que corresponde hacer lugar -sin costas- al recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial en favor de la Comunidad "Lof Campo Maripe"; anular la decisión recurrida y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento, de conformidad con lo expuesto (arts. 123, 456, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por unanimidad, **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, **ANULAR** la resolución recurrida y, **REMITIR** las actuaciones a su origen, para que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a los parámetros establecidos. **SIN COSTAS** (arts. 123, 471, 530 y cc. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

1

