

viernes, 18 de marzo de 2016 10:50 a.m.

**Nº 14** / Resistencia, 16 de marzo de 2016.

**AUTOS Y VISTOS:**

El presente expediente Nº 5-836/15, caratulado: **"BERDUN ALCIDES RODOLFO; BERDUN SIXTO Y ADRIANI HILARIO S/ DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL, ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA Y USURPACIÓN - MANSILLA MILCIADES; FERNÁNDEZ JUAN PASTOR; LÓPEZ HUMBERTO; GÓMEZ ANTONIO; MAIDANA JOSÉ LUIS LINO S/ ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA - DELLA BRUNA DIANA S/ ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA"**;

**CONSIDERANDO:**

Que el Juzgado Correccional de Gral. José de San Martín, mediante resolución Nº 254/15 (fs. 714/718), en su punto II), no hizo lugar a un planteo de nulidad de desalojo dispuesto en causa la "Berdun y otro s/ Usurpación" (Expte. Nº 40/13 del Juzgado Correccional, por cuerda al presente Nº 275/10 del registro de la Fiscalía de Investigaciones), por resultar extemporáneo e improcedente.

Contra esta decisión se alzó la Defensa, a cargo del Dr. Gonzalo Leandro García Veritá, interponiendo el recurso de casación de fs. 721/729, el cual fuera concedido, elevándose la causa a esta Sala, encontrándose actualmente dadas las condiciones procesales para resolver la cuestión.

El mismo objeta el fallo alegando la existencia de una prohibición de desalojo de tierras y territorios indígenas no relevados por la autoridad de aplicación, reclamando la aplicación de la Ley Federal 26.160.

**EL SR. MINISTRO ROLANDO IGNACIO TOLEDO dijo:**

Planteada en tales términos la cuestión suscitada en estos actuados y realizado el preliminar control de admisibilidad del recurso, debe concluirse que el mismo no cumple con la totalidad de las condiciones formales de presentación, en particular con el atinente a la recurribilidad de la decisión, contemplada en el art. 463 del Código Procesal Penal, toda vez que el fallo atacado no se trata de una sentencia definitiva ni una resolución equiparable a ella.

En efecto, para que resulte formalmente viable la impugnación el interesado debe encontrarse en

posesión del derecho recursivo, lo cual supone que la resolución sea recurrible, ya que lo contrario determina la imposibilidad de andamiento de la pretensión impugnatoria, habida cuenta de la ausencia de un requisito esencial (Esta Sala: "Incidente de Nulidad: Leguizamón", Res. 32/89; "Avalos", Res. 41/89; "Fracchia", Res. 65/90; "Bosch", Res. 5/98; "Romero Juan Osmar", Res. 89/99; "Carrara", Res. 23/08; "Lugo, Luis", Res. 102/09; etc.).

En autos, el resolutorio atacado no detenta la necesaria nota de definitividad exigida para el andamiento formal del remedio intentado porque en el fuero penal esa reputación es conferida a la sentencia que pone término al juicio, después y en virtud al debate, pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado y, eventualmente, sobre la restitución, reparación o indemnización, cuando son efectivamente demandados.

Tal carácter se extiende a la resolución dictada después del debate que, sin decidir sobre el fondo del asunto, se expide sobre cuestiones previas, sustanciales o formales que implican la imposibilidad de conocerlo y a la que, dictada antes del debate sobre el fondo o sobre cuestiones previas, causa la extinción del proceso (De la Rúa, "El Recurso de Casación", pág. 193/194).

También el concepto de definitividad puede ampliarse a los efectuados con antelación al pronunciamiento final, cuando la censura está fundamentada en la irreparabilidad del gravamen dentro del mismo proceso (Raúl Washington Abalos, Derecho Procesal Penal, T. III, pág. 528), lo que a criterio de la CSJN solo ocurre cuando lo resuelto sella definitivamente la suerte de una pretensión hecha valer en él (Fallos 248:232, 272:188, 305:913 entre otros) y, comúnmente, cuando comprometen libertades individuales, situaciones que no se verifican en el presente.

Las líneas rectoras de la Corte Suprema sobre esta cuestión nos señalan que el concepto se mueve en el eje de dos referencias: la actualidad de los agravios e irreparabilidad de los mismos. Es así que lo decidido con anterioridad al pronunciamiento final del juicio solo reviste el carácter de definitiva o equiparable a tal cuando sella definitivamente la suerte de una pretensión hecha valer en él (Fallos: 248:232; 272:188; 300:273; 305:913 y sus citas). No lo son, en general, todas aquellas resoluciones que no importan

pronunciarse sobre la cuestión de fondo, ni son un obstáculo para que el recurrente pueda lograr posteriormente el reconocimiento de su pretendido derecho.

Este último es el caso que se presenta en el sub examen, ya que la medida atacada tiene su origen en la resolución de la Fiscal de Investigaciones confirmada por el Juzgado de Garantías (fs. 37/42 de la causa N° 40/13), donde la magistrada aclaró debidamente que la "...la cuestión sometida a control gira en torno a la medida cautelar dispuesta por la Fiscal de Investigaciones N° 2, de conformidad con lo previsto por el art. 299 bis primer párrafo del C.P.P."; lo cual hace que resulte sustancialmente análoga a la resuelta in re "Verón" (Res. 113/14) y "Grechijnsky" (Res. 11/14) donde, con sustento en el precedente "Ponce" (Res. 59/12) de esta Sala a cuyas consideraciones y conclusión cabe remitir en razón de brevedad, se consignó que la medida prevista por el art. 299 bis del Código Procesal Penal no se trata de una sentencia definitiva sino de una medida cautelar, que no resulta equiparable a aquélla, razón por la cual carece de la debida nota de definitividad o irreparabilidad requeridas por la normativa procesal vigente para que prospere el remedio intentado.

Al respecto, Lino Palacio afirma que sentencias definitivas o equiparables a tales son las entendidas como aquéllas que deciden el fondo de la cuestión y ponen fin al pleito de modo que "priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos y descarten, por ende, la posibilidad de un proceso posterior" (Conf. "Resoluciones recurribles y Tribunal Superior de la causa" en "Temas de Casación y Recursos Extraordinarios", Ed. Platense, 1982, pág. 132).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación postula que "Las resoluciones referentes a medidas cautelares, sean que las decreten, levanten o modifiquen, no constituyen sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario" (Fallos 301:941).

También esta Sala tiene dicho que "...Es sabido que constituyen caracteres propios de las **medidas cautelares, su provisoriedad e interinidad y su mutabilidad o variabilidad**, en el sentido de que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen (Ver Fassi, "Códigos

Procesales", Edic. 1971, pág. 330); tal provisoriedad, es una de las características uniformemente señaladas por los procesalistas (Ver Podetti, "Derecho Procesal Civil..." Edic. 1979, T. IV, pág. 34), no produciendo cosa juzgada tanto porque pueden ser levantadas, sustituidas, ampliadas, mejoradas o reducidas como porque -a la inversa- en un momento pueden no ser procedentes y más adelante sí (Ver Colombo "Código Procesal Civil y Comercial..." 4ta. Edic. T. I, pág. 331; in re Sala Primera en lo Civil y Comercial de este Superior Tribunal de Justicia "Cable Visión Sáenz Peña c/Aiquel...", Res. 436/06; esta Sala in re "Robles, Geat...", Res. 107/01; "Alcántara Jorge...", Res. 37/07)... (in re "Vilchez", Res. 15/11).

Por lo tanto, no puede asignársele tal nota de definitividad exigida para el andamio del remedio a resoluciones que, como la atacada, solo acarrea como consecuencia para los imputados la obligación de seguir sometido al proceso, aunque se invoquen garantías constitucionales o la tacha de arbitrariedad, conforme a lo reiteradamente postulado por la Corte Suprema de Justicia (Fallos 327:781 y muchos otros).

Consecuentemente, en razón de las consideraciones expuestas, corresponde declarar la inadmisibilidad formal del recurso deducido, de conformidad con lo establecido por los arts. 470 y 449, segundo párrafo, del Código Procesal Penal, que impone en estos casos proceder de tal manera al Tribunal de Alzada, sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión.

**LA SRA. MINISTRA IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO dijo:**

I- Adhiero a la relación de causa efectuada por el colega preopinante, al igual que su conclusión, pero exclusivamente en lo que hace al punto I) del resolutorio que rechaza el sobreseimiento por insubsistencia de los actos procesales; toda vez que la suscripta se expidió en igual sentido en autos: "López Cornelio...", Res. 129/14; "Gómez Mario Alberto...", Res. 62/15; "Monzón Ricardo...", Res. 91/15, pero no comparto la declaración integral de inadmisibilidad formal que también propone el Dr. Toledo y que refiere al punto II del resolutorio atacado. Asimismo, dejo sentado que aún no tratándose el resolutorio recurrido de una sentencia definitiva ni de uno de aquellos autos contemplados en el art. 463 del CPP, igualmente resulta equiparable a ellos y por lo tanto atacable objetivamente por contener un agravio de imposible

reparación ulterior para las partes que pretendan oponerse al mismo, por carecer de una oportunidad posterior para hacer valer sus derechos; tal como lo definiera en fecha 10/11/15 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso similar, porque la controversia planteada podría prima facie involucrar cuestiones de orden federal (Conf. Recurso de hecho: "Martínez Pérez...s/medida cautelar s/casación...", Expte. N° 466/2013).

**II-** A partir de lo dicho debe tenerse presente que el recurrente también se agravió con la interpretación arbitraria de la vigencia de la ley 26.160, no compartiendo la respuesta dada a la cuestión, atento que la vigencia de la prohibición y la realización del acto de desalojo, se colige la conclusión de un acto prohibido por ley federal; consecuentemente la sanción procesal para los actos que violen la Constitución es la nulidad.

Cuando la magistrada de la instancia anterior abordó el tratamiento de este motivo, cabe destacar que señaló la existencia de dos órdenes de nulidades a saber: las absolutas que son contempladas en el artículo 184 inciso 1), 2) y 3) y las relativas que deben ser interpuestas en las oportunidades que expresamente contempla el Código Procesal; que en el caso corresponden a los plazos de los artículos 186 y 187 todos del Código Procesal Penal.

Manifestó también que la alegada por la defensa, no corresponde al primer orden, por lo que no puede ser planteada en cualquier grado y estado del proceso y necesariamente debió serlo en las oportunidades determinadas en dichos artículos, esto es, durante la investigación penal preparatoria o en el término de citación a juicios. Concluyendo que conforme las constancias de autos, había claramente precluido la etapa procesal para su planteamiento.

Interpreta que la invocación de la ley que invalidaría el acta de fs. 2 -desalojo-, resulta extemporánea por cuanto dicha norma ya se encontraba vigente a la fecha del desalojo (31/04/10), por lo que la defensa debió articular su planteamiento en forma inmediata de acaecido el mismo.

Recordando la doctrina constitucional respecto del criterio restrictivo que debe primar en la declaración de nulidades procesales, invoca asimismo el principio de progresividad y atento ello, rechaza el planteo de nulidad.

**III-** Así efectuada la reseña de la impugnación convocante y los fundamentos del fallo recurrido en lo pertinente; abierta la sede casatoria y, por ende, habilitada esta Sala para efectuar un examen de lo actuado exclusivamente a ese respecto, luego de meritar debidamente los fundamentos expuestos por la sentenciante; se arriba a la conclusión que corresponde hacer lugar al recurso en tratamiento, en este aspecto, por los motivos que se expondrán.

Desde los parámetros seguidos por la Corte Interamericana en los términos clásicos de ponderación y razonabilidad; no resulta de aplicación los precedentes de la Sala invocados por el colega que me antecede en la votación, cuando concluye que este caso no se trata de una sentencia definitiva ni equiparable a la misma.

En efecto, analizada la decisión arribada por la Sra Juez Correccional, en función a los agravios manifestados por la defensa sobre este punto, entiendo además que se está en presencia de una sentencia arbitraria conforme los estándares exigidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la delimitación de tal concepto.

Para ello tengo presente: *"...la arbitrariedad no es una manifestación de error o injusticia, es algo más pues se trata de la omisión involuntaria (...), que destruye o sustituye las condiciones de razón suficiente de los reales contenidos de los elementos necesarios del proceso. El Juez actúa al margen del juicio y dicta una sentencia sin identidad con el proceso de donde proviene la sentencia". (...)* "La Corte Suprema de la Nación declaró que la arbitrariedad se encuentra presente cuando el juicio del magistrado resuelve contra o con prescindencia de lo que presenta el proceso. Hay siempre acto de voluntad prescindiendo, (...)" *"Cuando se refiere al contradictorio lo califica de opinión carente de sustentación objetiva"*. Bartolomé Fiorini "La Sentencia Arbitraria" Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo I- Derecho Procesal Penal Doctrinas Esenciales. Principios Fundamentales - 2013.

De la confrontación de dichos conceptos con el contenido del fallo materia de recurso, se evidencia que estamos frente a un supuesto de arbitrariedad por prescindir la magistrada en su pronunciamiento de una ley nacional específica en la materia, sin siquiera ponderar su sentido y alcance,

incurriendo debido a ello en la denunciada arbitrariedad.

Resulta oportuno traer a colación lo dicho por la Corte Suprema en autos "Recurso de hecho deducido por la comunidad Mapuche Las Huaytekas en la causa Martínez Pérez, José Luis c/Palma Américo y otros s/ Medida Cautelar s/ casación" en la que se hizo lugar al reclamo de la comunidad y se expresó: "*Que los agravios de la recurrente encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen de la Señora Procuradora General, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad*".

Asimismo, el Dictamen de Procuración al que refiere el Alto Tribunal expresó: "*La Corte Suprema declaró formalmente admisible la queja pues entendió que las constancias acompañadas por la recurrente evidencian que la controversia planteada podría prima facie involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 ley 48. En virtud de ello, dispuso la suspensión de los procedimientos de ejecución (fs. 193 del cuaderno de queja). Por esas razones corresponde abocarse a la cuestión federal planteada en torno a la inteligencia del derecho constitucional de los pueblos indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, consagrado en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 17, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21), en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (arts. 13, 14 y 16); en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 25 y 26) y en la ley 26.160*".

Tal como lo he manifestado en oportunidades anteriores, los derechos indígenas son receptados y reconocidos por la Constitución de nuestra Provincia, la que con su carácter progresista y pionera en tantas materias constitucionales, en su Sección Primera, Capítulo Tercero (derechos sociales), Artículo 37 prescribe: "*La provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán*

*adjudicadas como reparación histórica en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros".*

*"También, la Ley Provincial N° 3.258 cuyo objetivo primordial es el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades indígenas, prevé el acceso a la propiedad de la tierra y la asignación de los recursos necesarios para reactivar sus economías, la preservación, defensa y revalorización de su patrimonio cultural, su desarrollo social y su efectiva participación en el quehacer provincial y nacional (Artículo 1°)". Pueblos Indígenas y tutela constitucional efectiva. El acceso a la justicia: la mirada de los jueces. Derecho Constitucional Indígena. Pág. 218.*

A la luz de lo expresado, entiendo que corresponde adentrarme al análisis al fondo de la cuestión planteada, cual es la aplicación para la solución del presente de la Ley N° 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras en el marco del Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas.

La mencionada ley, ha sido declarada de orden público y por ello resulta de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional. Para lo cual, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y el Consejo de Participación Indígena, cumplieron en diseñar el Programa Nacional de Relevamiento de Tierras al que refiero en el párrafo precedente.

"En el nivel internacional existen algunos fallos que marcan una tendencia clara de respeto y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Así podemos mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua", del 31 de agosto de 2001 en el que se demanda al Estado de Nicaragua en razón de que este país no demarcó las tierras comunales de la comunidad Awas Tigni, ni tomó medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. Por otra parte, otorgó una concesión de las tierras del a comunidad sin su consentimiento y no garantizó un recurso efectivo para responder a los reclamos de las comunidades sobre sus derechos de propiedad". Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II. Roberto Gargarella Coordinador. Pág. 924.

En la Argentina, su sistema de organización federal complejiza las decisiones judiciales. Cada Provincia cuenta con su propia administración de justicia en cuya cúspide se encuentran los tribunales superiores de justicia, y a su vez la dimensión nacional o federal encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación...Existen algunos casos que ilustran como resuelven los jueces algunos casos que llegan a su consideración. Así, en una *acción declarativa de certeza* interpuesta por la *Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat v. Provincia de Salta* ante la Corte, se cuestiona la constitucionalidad de una ley que convoca a consulta popular vinculante de los pobladores de ese departamento, sobre si es su voluntad que se entreguen las tierras correspondientes a aquellos lotes a sus actuales ocupantes, que son tanto aborígenes como criollos. La inconstitucionalidad radica, precisamente en que pone el duda al someter a discusión el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, derecho reconocido por la Constitución Argentina y también contemplado por el Convenio 169 de la OIT ratificado por nuestro país. Obra citada. Derechos de los Pueblos Indígenas: Protección Normativa. Reconocimiento Constitucional y Decisiones Judiciales. Silvina Ramírez. Pág. 924 y 925.

Precisamente, en el carácter de presupuesto indispensable del dictado de la normativa invocada por el recurrente, es oportuno recordar que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue ratificado por nuestro país mediante Ley 24.071.

Así, el artículo 13 de la Ley 24.071 claramente expresa: "...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, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación"; el artículo 14: "...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...".

Conforme ello el artículo 1º de la ley 24.071 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras y el artículo 2º suspendió la ejecución de sentencias, actos procesales o

administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas. Exige como requisito que la posesión revista las condiciones de actual, pública y encontrarse fehacientemente acreditada. Si bien la ley comenzó a regir por un plazo de cuatro años, fue prorrogada por Ley 26.894 hasta el 23/11/17.

De acuerdo a lo consignado en los párrafos precedentes, entiendo que la Sra Juez Correccional debió juzgar el caso sometido a su decisión al amparo de la ley vigente, la cual ya lo era al momento del desalojo; máxime cuando la misma ha sido declarada como de orden público por lo que, su apartamiento so pretexto del principio de preclusión procesal y la doctrina de la convalidación de los actos nulos relativos aparece como insuficiente y se constituye en un supuesto de arbitrariedad a la luz del principio de progresividad en materia de interpretación y aplicación de los derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Considero ajustado a derecho efectuar algunas consideraciones respecto de la tradicional división entre nulidades absolutas y relativas utilizada por la sentenciante para rechazar el planteo objeto de tratamiento.

La mayor parte de los textos procesales efectúa la distinción estableciendo la norma general en materia de nulidades fundada en el principio de taxatividad y con pocos artículos de diferencia bajo la denominación nulidades genéricas, se establece la obligación de declarar de oficio aquella nulidad que nace de la violación de garantías constitucionales.

Esta tradicional división obedece al decir del jurista Alberto Binder a la "*cultura de la legalidad que se inicia en el siglo XIX*", a lo que para los casos que no encuentran andamio en ninguna de estas clasificaciones, propone otro sistema, vinculado ya a una vigencia más amplia y cotidiana a los textos constitucionales y a los pactos internacionales de derechos humanos, en consonancia con la reforma constitucional de 1994.

En ese entendimiento, se parte del concepto de no admitir una presunción de validez de los actos procesales, interpela de este modo a todos los sistemas procesales desde las exigencias constitucionales, propone una interpretación amplia, extensiva, analógica de los principios de protección y

del desarrollo progresivo de todas las garantías judiciales.

Pretende de esta manera la aplicación de principios como el de progresividad, no de las etapas del proceso, sino de la ampliación permanente del reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales. En definitiva propone que se gire alrededor del concepto de "función" del acto y no de "forma".

"A partir de 1994, con la reforma integral de nuestra Ley Fundamental, el indigenismo ha cobrado una nueva fisonomía propiamente constitucional y ha adquirido significativo valor axiológico y jurídico-político. El emplazamiento sistemático del artículo 75 inciso 17 de la Carta Magna en el ordenamiento jurídico nacional permite inferir la existencia de un nuevo principio constitucional el beneficio homine indígena. Tal postulado axial proyecta su eficacia dignificante y benevolente a todo el sistema jurídico vernáculo, insuflando una hermenéutica indulgente de creciente humanismo que potencia el principio pro homine y modela equitativamente los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. Solamente el esfuerzo mancomunado de antropólogos, sociólogos, psicólogos, arqueólogos y juristas, permitirá darle a la *cuestión indígena* los vientos de respeto, igualdad y dignidad que sopla el derecho constitucional." Derecho Constitucional Indígena, diversidad cultural e indigenismo en la Argentina: una aproximación conceptual al estudio de la Responsabilidad Penal del indígena a partir del Derecho Constitucional. Repercusiones en la Teoría del Delito. Pág. 461.

Lo transcripto precedentemente guarda especial concordancia con lo manifestado por la Corte Interamericana en relación a las bases de interpretación que debe primar a la hora de efectuar el control de convencionalidad por parte de los operadores judiciales al momento de decidir respecto de la elección y aplicación de entre varias normas, de aquélla que resulte más favorable a la persona humana.

*"Debe recalcar que la Corte ha asentado los siguientes criterios en relación con la aplicabilidad de la norma más favorable para el ser humano: a) si a una situación le son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana; b) si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual dicho Estado sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor*

amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, el Estado deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; c) si a una misma situación son aplicables la Convención y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, tampoco podrán traerse restricciones existentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce.

En la Sentencia Constitucional Número 0121/2006-R de 1 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional de Bolivia se ha referido a los principios pro homine y de interpretación expansiva o progresiva de la siguiente manera: a) según el principio pro homine, debe acudirse a la norma más tutelar o protectora de los derechos fundamentales; y b) el principio de interpretación expansiva o progresiva ordena la aplicación del criterio más extensivo o amplio de las normas.

Dicho Tribunal lo explica así: "Ahora bien, en conocimiento de esos antecedentes, es muy importante tener presente que en la interpretación de las normas previstas por la Constitución Política del Estado o las leyes referidas a la consagración o defensa de los derechos fundamentales, deben aplicarse los siguientes principios: a) principio pro hómne, que impone, al interpretar las normas sobre derechos fundamentales la obligación de acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata parte uno de tales Estados; b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 5.2); c) el "Protocolo de San Salvador" (artículo 4); d) la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (artículo 5); e) la Convención sobre el Estatuto de Apátridas (artículo 5); f) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 23); y g) la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 41).

La interpretación de la convención americana sobre derechos humanos de reconocer los derechos protegidos; es decir, realizar la interpretación de la norma constitucional o legal de la forma más favorable para la persona que es la destinataria de la protección; dicho desde otra

perspectiva, se puede señalar que aplicando este principio, entre dos interpretaciones, una de las cuales reduce las posibilidades del derecho mientras que la otra contribuye a potenciarlo, ha de preferirse la que permite el goce efectivo y el ejercicio cabal del derecho fundamental sobre aquella que lo anula o lo restringe; y b) principio de interpretación expansiva o progresiva; lo que significa que la interpretación de las normas que consagran los derechos fundamentales o establecen los mecanismos de su defensa y protección, deberá ser desarrollada en sentido amplio y no restrictivo de manera tal que permita el mayor y efectivo goce, así como el logro de una mayor protección de los derechos fundamentales.

Dichos principios se enlazan felizmente con el carácter progresivo y evolutivo que tienen los derechos humanos. Las listas de derechos humanos reconocidos y protegidos por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales no pueden incluir todos los derechos humanos que puedan concebirse, por lo que resultan incompletas y son meramente enumerativas. El derecho, como vida objetivada que es, según palabras del ilustre jurista Luis Recasens Siches, está en constante evolución y cambio. Los criterios, las costumbres, la posición jerárquica de los valores vigentes o apreciados en una sociedad, se modifican paulatinamente, en forma a veces imperceptible. Los bienes jurídicos tutelados y el contenido de las normas y principios que contienen el derecho, también sufren cambios.

Si bien es cierto que los principios de donde parten los derechos humanos, como el valor inconmensurable de la vida de todas las personas, la libertad de los seres humanos frente a los demás y la igualdad de todos los seres humanos entre sí, son universales e inmutables, los alcances y efectos de los derechos humanos cambian, expresándose esas modificaciones en cambios legislativos o en desarrollos jurisprudenciales. Para que esas variaciones legislativas o judiciales procedan jurídicamente, debe entenderse que las interpretaciones y normas previas constituían el punto de partida; es decir, el contenido mínimo". **La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** José Pedro Aguirre Arango.

Desde otro andarivel, me inclino ante todo, por seguir los lineamientos de la Corte Suprema en los autos referenciados, en cuanto a que la ejecución

del desalojo en el presente se contraponen con el derecho de las comunidades indígenas a ser protegidos de medidas de este tipo en materia de tierras cuya posesión es pública, pacífica y notoria.

*"...Existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente. Ello es justamente lo que pretende evitar la ley 26.160 que fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado. Bajo estas premisas el desalojo del grupo familiar Palma y de otros integrantes de la comunidad impediría el acceso pleno al territorio indígena y a los recursos naturales, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan. En suma el derecho de repeler el desalojo cautelar invocado por los demandados encuentra sustento en el derecho federal invocado, sin perjuicio de lo que se decida oportunamente respecto del fondo del pleito." Dictamen de la Procuraduría General.*

Por último, creo oportuno citar las conclusiones del análisis jurisprudencial de los Superiores Tribunales Provinciales, expuestas por el Dr. Eduardo Raúl Hualpa -Vicepresidente de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derechos Indígenas (AADI)-: "Los pueblos indígenas, sus instituciones representativas y sus miembros vienen resistiendo su desaparición hace siglos y han avanzado notablemente en el reconocimiento de sus derechos en estos últimos veinte años. Corresponde a todos los funcionarios del Estado el cumplimiento de estos derechos y a los jueces la tutela judicial efectiva, tarea que comienza por reconocer la realidad indígena, aceptarla como algo diverso y que enriquece nuestro mundo. Todos los que de una u otra forma trabajamos en el sistema institucional y particularmente en la justicia debemos hacer nuestro máximo esfuerzo en ese sentido, para que sea realidad el reconocimiento de los derechos que nuestra Constitución en su artículo 75 inciso 17 promete a los

*pueblos indígenas"*. Derecho Constitucional Indígena, pág. 327.

Es por lo expuesto que me expido por hacer lugar al recurso planteado y declarar la nulidad parcial del decisorio motivo de agravio.

**LA SRA. PRESIDENTE MARÍA LUISA LUCAS dijo:**

Estos autos han ingresado a la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 721/729 por la defensa de Diana Della Bruna, contra el resolutorio N° 254/15 (fs. 714/718) dictado por la Sra. Juez Correccional de General San Martín, que en el punto I) No hizo lugar al sobreseimiento peticionado por dicha parte por aplicación del Instituto de la Insubsistencia de los Actos Procesales y en su apartado II) No hizo lugar al planteamiento de la nulidad del acta de desalojo de fs. 02, por considerarla extemporánea e improcedente.

Ante la disidencia de los colegas integrantes de esta Sala, exclusivamente en lo que respecta al apartado II) de dicho resolutorio, al coincidir ambos en la solución dada al punto I); me corresponde integrar el Tribunal en orden a lo que estatuye el art. 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por Ley 1950.

A tal fin, debo pronunciarme, dirimiendo por vía de la opción, por una u otra de las soluciones propuestas por los jueces integrantes de esta Sala para decidir sobre el particular, propiciando el Sr. Ministro Rolando Ignacio Toledo la inadmisibilidad formal del recurso de casación por no tratarse la resolución atacada de un sentencia definitiva o equiparable a tal.

Por su parte, la colega Iride Isabel María Grillo, disiente con los fundamentos y solución propiciada para el apartado II) y se inclina por hacer lugar al recurso de casación y anular ese aspecto del interlocutorio en cuestión; toda vez que, en este supuesto, debía equipararse a sentencia definitiva.

Así sintetizada la situación suscitada en la presente causa y en relación concreta al tema convocante, hago saber que se compartirá la solución dada por el colega Toledo en virtud de los fundamentos que a continuación expondré.

En primer lugar se debe tener presente el hecho motivo de juzgamiento, para recién luego analizar las razones expuestas por la Sra. Ministra Grillo para

oponerse a la declaración de inadmisibilidad de la impugnación casatoria.

En el Requerimiento de Citación a Juicio se consigna: Que en fecha 15 de octubre de 2010, un grupo de aproximadamente 70 personas, entre ellas los imputados SIXTO BERDUN, HILARIO ADRIANI, ALCIDES RODOLFO BERDUN, MARTIREZ LÓPEZ, MILCIADES MANSILLA, PASTOR FERNÁNDEZ (a) "Pájaro", HUMBERTO LÓPEZ, DIONISIO LÓPEZ, ANTONIO GÓMEZ, JOSÉ LUIS MAIDANA y JULIO GÓMEZ, armadas con hierros, palos, machete y cables de hierro y otros elementos contundentes, habrían llegado hasta el Lote N° 16 de jurisdicción de Pampa del Indio propiedad de MARÍA DEL CARMEN IRRAZABAL DE SCHULZ, lugar en el que habían quedado de consigna 8 empleados policiales dependientes de la Comisaría de Pampa del Indio y de la División Rural, debido a que momentos antes habían sido desalojados por Orden Judicial los imputados SIXTO BERDUN, HILARIO ADRIANI y ALCIDES RODOLFO BERDUN y puesta en posesión de dicho inmueble su propietaria MARÍA DEL CARMEN IRRAZABAL DE SCHULZ, y con conocimiento pleno de que tal medida se llevó a cabo por orden judicial, MARTIREZ LÓPEZ, dirigiéndose al personal policial habría dicho que se retiren del lugar y lleven el trailer o sino va a ver muerte acá (sic), mientras las otras personas que lo acompañaban haciendo ostentación de los elementos contundentes que llevaban en sus manos, decían que se retiren, obligando al personal policial a abandonar el inmueble junto con los vehículos pertenecientes a dicha fuerza, expulsando así a toda persona que no pertenezca al mencionado grupo armado y despojando de este modo a su legítima propietaria y al personal policial de consigna en el lugar, por lo que los imputados SIXTO BERDUN, HILARIO ADRIANI y ALCIDES RODOLFO BERDUN habrían ingresado y ocupado nuevamente en forma ilegítima dicho inmueble. En este hecho habría también participado la mencionada imputada DIANA DELLA BRUNA, quien habría prestado a estos imputados citados una colaboración imprescindible ello al comando de una camioneta marca Toyota, cabina simple, color blanco con dominio colocado ENK-403 al transportar hasta el mencionado Lote, en dos oportunidades, la cantidad aproximada de 20 personas en cada una de estas ocasiones, quienes descendían de la camioneta armados con palos, machetes, hierros, cables de acero, etc., para que lleven a cabo las acciones antes descritas quienes no habrían llegado a tal lugar sin tal transporte.

La calificación legal que se estimó corresponde por la conducta desplegada por los imputados ALCIDES RODOLFO BERDUN, SIXTO BERDUN e HILARIO ADRIANI en el hecho de marras, encuadra dentro de las previsiones de los Arts. 239, 238 inc. 1º y Art. 181 inc. 1º, en concurso ideal, Art. 54, todos del Código Penal, que reprimen los delitos de DESOBEDIENCIA A UNA ORDEN JUDICIAL, ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA y USURPACIÓN en carácter de AUTORES.- Por su parte el accionar de los imputados MILCIADES MANSILLA, JUAN PASTOR FERNÁNDEZ, HUMBERTO LÓPEZ, ANTONIO GÓMEZ y JOSÉ LUIS LINO MAIDANA, encuadra en el delito de ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA (Art. 238 inc. 1º). Por su parte la conducta desplegada por la encartada DIANA DELLA BRUNA, encuadra en el delito de ATENTADO AGRAVADO CONTRA LA AUTORIDAD POR COMETERSE A MANO ARMADA -238 inc. 1º- en carácter de PARTICIPE NECESARIO (Art. 45 del Código Penal Nacional)".

También debe formar parte de este análisis un argumento central expuesto por la Sra. Juez Correccional para no hacer lugar a la nulidad planteada por la defensa del acta de desalojo de fs. 02. Al respecto la Sra. Juez concluye que "...pasada la etapa de investigación fiscal, transcurrido el plazo de citación a juicio y el ofrecimiento de pruebas no veo necesario ni conveniente retrotraer el procedimiento a etapas ya superadas dado que el derecho de defensa del imputado no se vió perturbado, a la vez que la valoración de los elementos probatorios están garantizados y deberán meritarse sí o sí por las partes al momento de emitir sus conclusiones finales (alegatos) y por la suscripta al dictar Sentencia, donde será el escenario adecuado para merituar si la vigencia de esta ley hace atípica la conducta endilgada a los imputados" (fs. 717 y vta.).

Con los elementos descriptos en forma precedente ya podemos anticipar que resulta inaplicable a este caso el fallo dictado el 10 de Noviembre del 2015 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocado por la colega Grillo, en "Recurso de hecho deducido por la comunidad Mapuche Las Huaytekas en la causa Martínez Pérez, José Luis c/Palma Américo y otros s/ Medida Cautelar s/ casación" en la que se hizo lugar al reclamo de dicha comunidad dejándose sin efecto la medida de desalojo allí recién dispuesta; mientras que en este proceso, a diferencia del precedente de la Corte, el

desalojo ya fue ejecutado en fecha 15 de octubre de 2010 y, posteriormente a ello, la Cámara de Diputados de la Provincia sancionó la Ley 6680 por la que declaró de utilidad pública e interés social y sujetos a expropiación los inmuebles en cuestión en beneficio de alguno de los imputados.

Respecto a lo dispuesto por la Ley 26.160, reconocida como vigente en el momento del hecho por la Sra Juez Correccional siendo que la misma ha sido declarada de orden público, no correspondía que ella fuera desoída con el argumento del principio de preclusión procesal como lo hizo el Tribunal aquo; sí cabía que hubiera fortalecido sus propios argumentos sobre la imperiosa necesidad de celebrar el debate oral y público para dar respuesta integral al hecho en juzgamiento y no reducirlo a un solo aspecto del mismo como pretende la defensa, cual es el desalojo; porque ese acto, por sí solo, no autoriza a considerar anticipadamente justificada ni alentar las distintas conductas ilícitas también atribuidas a todos los imputados transcriptas en forma precedente.

En efecto, el reclamado derecho sobre los inmuebles en cuestión de los encartados pertenecientes a los pueblos originarios con apoyo en la Ley 26.160, tuvo reconocimiento posterior por la Cámara de Diputados provincial mediante ley 6680 pero en el momento de efectuarse el desalojo por orden judicial aquéllos estaban registrados a nombre de María del Carmen Irrazabal de Schulz; con lo cual, de acreditarse el hecho requerido, se mantiene el interés procesal de examinar la conducta que habría desplegado la encartada Diana Della Bruna en aquélla oportunidad.

Consecuentemente, me expido a favor de la propuesta del colega Rolando Ignacio Toledo, que permite avanzar hasta el estadio procesal esencial cual es la audiencia oral y pública, con el consecuente dictado de la sentencia definitiva donde se decidirá sobre la condena o absolución de culpa y cargo de los imputados. **ASÍ VOTO.**

Habiendo la Ministra Iride Isabel María Grillo devuelto la presente causa con voto, se fallará de conformidad con lo dispuesto por el art. 19 de la Ley N° 3 -Orgánica del Poder Judicial- y Acuerdo N° 1712/80 -Pto. XV)- del Superior Tribunal de Justicia, que establece: "*en los supuestos que alguno de los miembros titulares del Cuerpo haya emitido voto como integrante o subrogante legal de alguna Sala...y se*

reintegre a la misma el Juez al que sustituyó o en el supuesto de cambio de composición de la Sala...el Juez que haya devuelto con voto o proyecto de resolución el expediente respectivo, continuará integrando la composición de la Sala y suscribirá la sentencia o resolución".

Por ello, conforme normativa y precedente citados, la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional,

**RESUELVE:**

**I-** *DECLARAR* la inadmisibilidad formal del recurso de casación de fs. 721/729, con costas.

**II-** *REGULAR* los honorarios profesionales del Dr. Gonzalo Leandro García Veritá en la suma de Pesos Cuatro Mil Quinientos (\$ 4.500.-) por aplicación de los arts. 4, 7, 11 y 13 de la ley arancelaria vigente.

**III-** *REGÍSTRESE*. Notifíquese, comuníquese a Caja Forense del Chaco y oportunamente devuélvase a su tribunal.

**ROLANDO IGNACIO TOLEDO, PRESIDENTE - IRIDE ISABEL MARIA GRILLO, VOCAL - MARIA LUISA LUCAS, PRESIDENTE STJ -MIGUEL ANGEL LUBARY, SECRETARIO**

**- COPIA INFORMÁTICA -**