



Cámara Federal de Casación Penal

M. Andrea Tellechea Suárez
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Registro nro.: 173817
LEX O. 173817/2017/11
2017

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 22 días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, 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 nº FGR 11180/2017/2/RH2 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 y la Defensa a cargo del señor Defensor Público Oficial, doctor Juan Carlos Sambuceti (h.).

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 nº FCR 7226/2017/CA1 de su registro, confirmó, por sus fundamentos, el auto del juez federal que - en cuanto aquí interesa- resolvió: "rechazar la denuncia de hábeas corpus interpuesta en favor de la comunidad aborígen

Mapuche 'Campo Maripe' por la Defensora Pública" (fs. 52/57 vta.).

Contra esa decisión, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación (fs. 58/63vta.), el que rechazado (fs. 64/66vta.), motivó el remedio de queja (fs. 1/6), que fue concedido por esta sala (fs. 68/vta.).

2º) Que la recurrente señaló que: "...la ley 23.098 estableció la celebración de una audiencia como metodología central para la toma de decisiones en los casos de hábeas corpus".

Sostuvo que: "[l]a obligatoriedad de la audiencia y de la presencia del beneficiario impide que el trámite previo a la adopción de una decisión judicial pueda limitarse al análisis de los informes remitidos por la autoridad requerida, los que por cierto no resultaban claros ni suficientes para despejar la idea de que se iba a producir una detención masiva de los integrantes de la comunidad..." (el resaltado no obra en el original).

Así, adujo que: "[e]n el procedimiento de hábeas corpus la celebración de una audiencia como requisito para adoptar una decisión judicial sobre el fondo del asunto implica la vigencia del principio de inmediación; esta asegura el contacto directo del juez con las partes...".

Por último, invocó que: "[i]rresuelta aún la cuestión vinculada a la delimitación de las tierras y el carácter que ostentarían los miembros de la Comunidad Campo Maripe respecto del territorio ocupado o por el cual circulan, hace inconducente justificar el ejercicio potencial de la fuerza pública a fin de proceder a la expulsión o desalojo de



M. ANDREA TRINCHER SUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

quienes se desconoce aún si resultan titulares de derecho sobre las tierras o no" (el resaltado es mío).

En definitiva solicitó que se case la decisión recurrida y disponga el cese de cualquier intento de detención de los integrantes de la Comunidad Campo Maripe.

3º) Que a fs. 103 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis CPPN y presentado breves notas la defensa y el Fiscal General.

Así, la Defensa Pública reeditó en lo sustancial los agravios formulados en el recurso de casación y solicitó la exención del pago de costas.

A su turno, el representante del Ministerio Público Fiscal, mencionó que: "...para saber si la orden restrictiva de la libertad es legítima o no, previamente debe informarse si la orden existe, lo cual no se ha contestado con la claridad deseada" y que "...tampoco se ha llevado a cabo la audiencia cuya realización exige el art. 14 de la ley 23.098. Tal omisión encarna una nulidad de orden absoluto pues afecta el debido proceso legal, a la tutela judicial efectiva, a la defensa en juicio y el derecho a ser oído de los aquí reclamantes".

De otra parte, invocó que "...la base de todo este conflicto se refiere a reclamos territoriales por parte de personas que invocan derechos de los pueblos originarios con sustento en el art. 75 inc. 17 de la CN, la ley 26.160 recientemente prorrogada (que impide desalojos en determinadas situaciones), los arts. 13 a 19 del Convenio 169 de la OIT, los arts. 10 y 11 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Declaración

Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otras".

Por último, solicitó que se haga lugar al recurso, se revoque la decisión impugnada y se disponga el desarrollo del procedimiento que establece la ley nº 23.098.

En esas condiciones, cumplida la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 104, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

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 nº 14.805, caratulada: "N.N. s/recurso de casación", rta. 2/2/2012, reg. nº 19.653 y causa nº 16.436, caratulada: "Procuración Penitenciaria s/recurso de casación", reg. nº 647/13, rta. 22/5/2013) que: "[s]i bien el art. 432 C.P.P.N. 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



Cámara Federal de Casación Penal

M. Gabriela B. C. ...
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RN2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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')".

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

-III-

Que, superada la cuestión formal de la presentación en trato, deviene necesario relevar las vicisitudes procesales que resultan pertinentes para la solución del *sub lite*.

Liminarmente, cabe señalar que las presentes actuaciones fueron iniciadas con fecha 22 de junio del corriente año, en el marco de la oportuna acción de habeas corpus preventivo deducida por los Defensores Públicos Oficiales, doctores María Laura Irastorza y Pablo Antonio Matkovic -integrante del Programa de Diversidad Cultural de la Defensoría General de Nación- en favor la Comunidad Lof Campo Maripe, con personería jurídica otorgada por la provincia del Neuquén con fecha 24 de octubre de 2014 (cfr. fs. 1/9).

En esa presentación, el Ministerio Público de la Defensa indicó que la referida comunidad era: "...ocupante del territorio ancestral Fortín Vanguardia, ubicado a 5 km. de la zona de Añedo -área petrolera 'Loma de Campana'- y cuyos líderes comunitarios son los sres. Juan Albino Campo y Natalia Izaza, contra la Gendarmería Nacional y la policía de la provincia del Neuquén" por considerar que el accionar de estas

dos fuerzas, los días 21 y 22 de junio pasados fue ilegal por carecer de sustento en una orden escrita de la autoridad competente y que se configuraba una amenaza de la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los afectados -personas mayores y menores de edad- (cfr. fs. 10/14vta.).

Así, luego de la interposición de la acción de habeas corpus, el magistrado actuante dispuso: "...[p]udiendo resultar de interés las publicaciones periodísticas relacionadas con la situación que motiva la presente acción de habeas corpus, agréguese copia de nota publicada en el día de la fecha en el portal digital lmneuquen.com".

Asimismo, atento "...el objeto de la presentación, los hechos consignados, el derecho invocado, la prueba ofrecida y la protección cautelar requerida [dispuso] requerir informes a fin de determinar en primer término el origen de la presente orden de intervención de la fuerza pública como así también las restricciones legales a la libertad a las que pudieran estar sometidas las personas integrantes de la comunidad indígena representada por la defensa oficial".

El juez de grado también ordenó el libramiento de oficio "...con carácter de urgente al gerente de la Regional Comahue de la firma YPF S.A. con el objeto de que informe en el término de dos horas si la firma a la que representa ha solicitado colaboración a la Gendarmería Nacional Argentina y, en su caso, con qué objeto, por intermedio de qué autoridad, por qué período y en qué ubicación precisa, como así también cualquier otra circunstancia ilustrativa, en lo que refiere a la situación que tomara estado público, generada en los



Cámara Federal de Casación Penal

ANDRÉS TELLEGI SUÁREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II

Causa Nº FOR 11180/2017/2/RH2

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

últimos días por la comunidad indígena 'Campo Maripe' en las locaciones de la compañía ubicadas en el yacimiento hidrocarburífero 'Loma Campana', el que se ubicaría en la zona conocida como 'Bajada de Añelo', en la localidad de Tratayen de ésta provincia del Neuquén".

Por último, se solicitó al SIFCOP, oficina central, dependiente del Secretario de Cooperación con los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos y Legislaturas del Ministerio de Seguridad de la Nación, Gonzalo Cané, a los efectos de que: "...informe si los sres. Juan Albino Campo, Natalia Izaza y/o cualquier otro integrante de la comunidad indígena mapuche Campo Maripe, habitante de la zona conocida como 'Fortín Vanguardia', distante 5 kilómetros de la ciudad Añelo, Provincia del Neuquén, dentro del área concesionada a la firma YPF S.A. como yacimiento hidrocarburífero 'Loma Campana'" y tuvo presente las medidas de pruebas ofrecidas (cfr. fs. 15/vta.).

A fs. 18, obra la respuesta de la SIFCOP haciendo saber que Juan A. Campo y Natalia Izaza no registran antecedentes en su sistema y que no puede informar de modo genérico respecto de otro integrante de "la comunidad indígena mapuche Campo Maripe".

Asimismo, el apoderado de la firma "YPF S.A.", señaló que el 17 de mayo del corriente año, denunció ante Gendarmería Nacional a distintos miembros de la Comunidad Campo Maripe por amenazas y/o intimidaciones (frs. fs. 19/44).

Luego de ser agregadas las referidas contestaciones, el a quo dispuso que "...atento a lo que surge de dichos informes y a lo solicitado por los accionantes [dispuso que se

oficie] al sr. Jefe de la Agrupación XII Comahue de Gendarmería Nacional a los efectos de que informe al tribunal, en el término de 2 (dos) horas, si en el curso de los últimos diez (10) días ha recibido una directiva de intervención de parte de la superioridad jerárquica o de otro organismo estatal, con el objeto de constituirse, en el curso de los pasados días 21 y 22 del corriente y/o programadas a futuro, en las adyacencias del yacimiento hidrocarburífero 'Loma Campana' explotado por la compañía Y.P.F. S.A., más precisamente en la locación EPF-3, a efectos de impedir la circulación en ese perímetro, aunque sea momentáneamente, los accesos a las tierras habitadas por la comunidad indígena mapuche 'Campo Maripe', debiendo adjuntar al informe requerido, en su caso, las constancias de dicha orden, de su cumplimiento y de los resultados obtenidos con el procedimiento".

Por otro lado, efectuó idéntico requerimiento al Jefe de la Policía de la Provincia de Neuquén, solicitándole que haga saber "...si ha recibido orden de desalojo de parte de la justicia penal local, y en su caso si la misma comprende el predio aludido anteriormente solicitándole que acompañe copia de las actuaciones". Finalmente, les impuso a ambos funcionarios que informen "...si han recibido nuevas directivas, referentes a procedimientos a llevar a cabo en el mencionado lugar, que se encuentren aún pendientes de ejecución" (cfr. fs. 18/44 y 45/vta. respectivamente).

Así, el Comandante Principal de la Agrupación XII Comahue de Gendarmería Nacional informó que: "...el día 19 de junio del presente año [...] recibió la orden telefónicamente de



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
A. ANDRÉS TEJECHEA SUAREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº PGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LONA
DE CAMPAMA) s/ recurso de casación"

la superioridad [...] de realizar un operativo de seguridad en apoyo de la empresa YPF [...] todo ello conforme orden emanada del Ministerio de Seguridad de la Nación y [agregó que se acordó] "...iniciar las actividades a partir del día 21 de junio [...]y que ese mismo día] recepción[6] un llamado telefónico de parte del Jefe de Gabinete del Ministerio de Seguridad, dr. Pablo Nocetti, requiriendo conocer cómo se estaban desarrollando las tareas ordenadas..." (fs. 56/vta.).

También a fs. 59, el Jefe de Policía de la provincia del Neuquén informó, a su vez, no haber recibido directivas de intervención en el sitio más arriba aludido, ni tampoco orden alguna de desalojo; y a fs. 66 obra la respuesta del Jefe de la División Antecedentes de Personas, quien indicó que no se obtuvo: "...hasta el momento, información de interés en relación al requerimiento formulado por esa judicatura...".

De otra parte, a fs. 67 la Fiscal Federal petitionó que se le acuerde intervención en las actuaciones y que se le remita en forma urgente el expediente por el término de 24 hs y a fs. 69/70 vta. luce la solicitud de ampliación de informes que solicitó la Defensa Oficial.

Así, el a quo dispuso tener presentes los informes remitidos, rechazó la petición del representante del Ministerio Público Fiscal; y respecto de la amparista señaló que: "...habida cuenta que las medidas allí propuestas de por sí resultan sobreabundantes e impertinentes respecto de las informaciones ya recabadas" [y que] "...la información aunada al expediente es contundente en cuanto a los extremos que viene a probar, con los alcances propios de la etapa que desanda este

legajo [por ello] no h[izo] lugar a lo peticionado" (fs. 71/vta.).

De seguido y en la misma fecha resolvió rechazar "...la denuncia de hábeas corpus interpuesta en favor de la comunidad aborígen mapuche 'Campo Marípe' por la Defensora Pública..." y elevó en consulta la causa a la alzada (fs. 72/75).

Recibidos los obrados, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca resolvió confirmar lo resuelto en la anterior instancia (fs. 102/107vta.).

Contra aquella decisión la defensa oficial dedujo el remedio en trato.

-IV-

Que de la reseña efectuada se advierte la no regularidad del trámite impuesto al presente proceso, tal como señala la recurrente y el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara. Ello así, y en las particularidades de la especie, en razón de la omisión de la audiencia estatuida en el art. 14 de la ley nº 23.098 y la falta de tratamiento adecuado de la cuestión invocada por la parte.

En ese orden, y tal el criterio del cimero tribunal, se ha sostenido, *mutatis mutandi*, que el informe ordenado y realizado luego de la acción instada ya constituye un auto de habeas corpus en los términos del art. 11 de la ley nº 23.098, pues importa poner en marcha un proceso.

Así, la decisión del magistrado de grado condujo a trancar la actuación judicial prevista para velar por la protección de los derechos invocados, toda vez que se impidió la audiencia establecida por el art. 14 y la consiguiente



Cámara Federal de Casación Penal

Andrea Tellesche Suárez
ANDREA TELLESHE SUÁREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RE2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LONA
DE CAMPAMA) s/ recurso de casación"

posibilidad de que se esclareciera -con el resultado de la inmediación en las circunstancias del caso- la situación de los amparados (Vid. Fallos: 330:2429).

De tal suerte, y en las circunstancias particulares del *sub examine*, los informes requeridos e incorporados, posteriores a la acción entablada y previos al rechazo dispuesto, escapa del supuesto contemplado en el art. 10 de la ley nº 23.098.

En efecto: lo actuado importaba poner en marcha el trámite especial de que se trata, esto es -específicamente- la realización de la audiencia oral prevista en el apartado 14, con la intervención de las partes involucradas en el reclamo en trato, asegurando de tal suerte las garantías del debido proceso y defensa en juicio, en resguardo de los derechos que se alegan conculcados, a los fines de que -con la garantía de la inmediación- se diese lugar a la posibilidad de determinación de la situación alegada.

En relación a este extremo, se predica que: "...la audiencia oral contribuye a una mayor amplitud en las discusiones, que adquiere especial importancia cuando se trata de cuestiones vinculadas a la afectación de derechos fundamentales, como es la libertad ambulatoria. Precisamente, a través de la audiencia se busca generar información de alta calidad que permita al juez establecer si ha sido afectado un derecho o garantía en perjuicio del accionante y determinar, en su caso, si existe responsabilidad por parte de la autoridad estatal requerida (Ledesma, Ángela Ester, "Juicio de hábeas corpus", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 142).

En esa línea, también se ha establecido que: "[l]a elevación en consulta está reservada a los casos de desestimación 'in limine' y no de rechazo del habeas corpus al cabo de su trámite..." [y que] "...es inaplicable en cuanto ya ha sido impulsada la investigación o adoptadas las medidas propiciadas por el denunciante" (cfr. causa FCT 5447/2016/CA1/CFC1, caratulada: "López, Teodoro s/ recurso de casación", reg. nº 361/17, rta. 4/4/2017").

En idéntico sentido se expidió reiteradamente esta Sala en las causas CCC/2433/2014/CFC1, caratulada: "Vázquez, Gabriel Mariano s/ recurso de casación", reg. nº 734/14, rta. 9/5/14, causa CCC 3238/2014/CFC1, caratulada: "Robles, Fabio Adrián s/recurso de casación" reg. nº 1420/14, rta. 16/7/2014, causa CCC 56909/14/CFC1, caratulada: "Gutierrez, Alejandro s/recurso de casación", reg. nº 2563/14, rta. 16/12/14.

Las apuntadas falencias del trámite brindado a la acción de hábeas corpus, conllevan la nulidad de lo resuelto en primera instancia y de lo actuado en consecuencia.

Ex abundantia, interesa señalar que el art. 14 de la ley citada, en relación a la audiencia oral, dispone en el último pasaje que: "[l]a audiencia comenzará con la lectura de la denuncia y el informe. Luego el juez interrogará al amparado proveyendo en su caso a los exámenes que correspondan. Dará oportunidad para que se pronuncien la autoridad requerida y el amparado, personalmente o por intermedio de su asistente letrado o defensor".

Efectivamente, constituye deber de los jueces el oír a las partes, que tiene como correlato el derecho expresado en pluralidad de instrumentos internacionales (art. 14 PIDCYP,



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
SECRETARIA DE CAMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RR2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

art. 8.1 CADH, art. 10 DUDH), así como el derecho a una tutela judicial efectiva, que importa la obligación de asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, el que ampara a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas (cfr. sobre el particular, CoIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 263).

En este contexto, 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. Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución Reformada", Tomo III, 3ª reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 120; Quiroga Lavié, Humberto, et. al., "Derecho Constitucional Argentino", 2ª edición, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 372).

Desde ese orden, y tal como lo predicen las partes, menester es evocar los arts. 13 a 19 del Convenio 169 de la OIT (Aprobado por Ley nº 24.071, B.O. del 20 de abril de 1992) -instrumento cuya jerarquía es superior a las leyes, con

arreglo al art. 75 inc. 22 del magno texto—, los arts. 10, 11, 25 y 26 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007) y los arts. VI, XXV y XXIX de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 14 de junio de 2016).

De otra banda, 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, p. 9).

Por cierto, cabe observar que se encuentra declarada la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país (Ley nº 26.160 y sus sucesivas prórrogas: Leyes nº 26.554, nº 26.894 y, recientemente, ley nº 27.400).

En sentido concordante, la constante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio a los miembros de diversas comunidades del continente y, que hasta tanto ello no se llevara a cabo, existe el deber de abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros —actuando con consentimiento o tolerancia del Estado— puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio



Cámara Federal de Casación Penal

*ANURVA TALECHES SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA*

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPAMA) s/ recurso de casación"

al cual tiene derecho la comunidad (CoIDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 264; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 232; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 194; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005, párr. 211; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153), el resaltado no obra en el original.

Por lo demás, el tribunal de Costa Rica ha sostenido que: "los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su sistema económico. 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" (CoIDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 166, el

destacado no es del original; *ibidem*, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 101; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 90; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 131; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149).

En particular, se supo afirmar que: "la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o inhumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma" (CoIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 147 y Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis)



Cámara Federal de Casación Penal

J. A. Pellicena
J. A. PELLECENA GUÁRIZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº PGR 11180/2017/2/RB2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 354).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha advertido que en determinadas ocasiones: "...las concesiones o proyectos se superponen a casi la integralidad del territorio ancestral de los pueblos indígenas y, que son autorizados en abierta contravención con la concepción de desarrollo propia de estos pueblos. Es de especial preocupación los casos reportados en que la implementación de proyectos de extracción, explotación o desarrollo pone en riesgo su existencia física y cultural como pueblo al no tener opción de continuar con sus planes de vida, pues los mismos resultarían de imposible realización" (CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II., Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015 p. 135), el destacado no obra en el original.

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 (cfr. *in extenso*, causa nº FSM 493/2008/TO1/4/1/CFC4, caratulada: "Riveros, Santiago Omar s/recurso de casación", reg. nº 715/17, rta. 9/6/2017, con sus citas).

Con todo, no puede perderse de vista que: "Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado

derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales" (Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización* en Rodríguez Garavito, César (coord.), "El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI", Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 149).

Ineludiblemente, en este contexto se formulan reclamos frente a las consecuencias perniciosas de la asunción de un modelo económico de cuño extractivista y la tensión que provoca con los derechos ambientales y con el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la libre determinación, al control de sus tierras ancestrales y al derecho a la consulta previa (De Sousa Santos, Boaventura, "Derechos humanos, democracia y desarrollo", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2014, p. 67 y ss.).

Sobre ello, no puede soslayarse que, frente a un capitalismo predatorio, en la Carta Encíclica sobre el cuidado de la casa común "Laudato si", S.S. Papa Francisco advierte que: "146. [...] es indispensable prestar especial atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios. Para ellos, la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo, en



Cámara Federal de Casación Penal

ANURIA VALLECHUA SUÁREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RK2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

diversas partes del mundo, son objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura" (el destacado no es del original).

En consecuencia, de conformidad con el dictamen fiscal, postulo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación, sin costas, anular la decisión de fs. 41/44 y todo lo actuado en consecuencia y -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 nº 2 de Neuquén a fin de que se imprima el correspondiente trámite de hábeas corpus preventivo, con la celeridad que el caso impone.

Tal, mi voto.

La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:

1. Adhiero al voto del distinguido colega que inaugura el acuerdo, a lo que adiciono que de la compulsas de los presentes se observa déficit en la sustanciación del trámite llevado a cabo, consistente en la omisión de la audiencia prevista en el art. 14 de la ley 23.098. Vicio éste que conduce a la nulidad de la decisión obrante a fs. 41/44 toda vez que el procedimiento realizado no cumple con los estándares mínimos que deben respetarse en atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas.

De modo que, previo a resolver acerca de la procedencia o no de la acción de habeas corpus interpuesta, corresponde como medio de resguardar los derechos de los miembros de la Comunidad Lof Campo Maripe que se realice la audiencia referida con convocatoria de todas las partes

interesadas a fin de que con la mayor amplitud posible se debatan las cuestiones aludidas en la acción interpuesta, de modo de brindar al juez el mejor escenario para decidir si se encuentran amenazadas las garantías de los denunciantes y para determinar si eventualmente podría existir responsabilidad estatal.

Una vez ella sustanciada, en resguardo de la garantía prevista en el art. 18 de la CN, y que se hayan analizado los motivos alegados por dicha comunidad, corresponde que el juez de la presente acción se expida nuevamente.

La falencia de procedimiento señalada no resulta menor, habida cuenta del contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran los miembros de la comunidad de pueblos originarios debido a su condición y de la especial naturaleza de los tópicos planteados, en virtud de los compromisos asumidos por el Estado Argentino ante la comunidad internacional.

2. El habeas corpus preventivo sometido a control jurisdiccional con el objeto de impedir la detención masiva de personas de pueblos originarios, 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, conforme el art. 75, inc. 17 de la C.N.

Cabe destacar que el planteo del análisis se refiere a la cuestión de la superioridad normativa de las normas convencionales y constitucionales y al respecto, los



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
M. ANDRÉS TELLOCHÉA SUÁREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
CAUSA Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOF CAMPO NARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

compromisos que el Estado Argentino asumió ante la comunidad internacional al suscribir tratados y su responsabilidad comprometida ante su incumplimiento. Al respecto corresponde oportunamente 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 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



Cámara Federal de Casación Penal

M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II

Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2

"COMUNIDAD LOP CAMPO HARIPE (LOMA DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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 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 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 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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
ANURAY TELLECHEA SUÁREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOP CANFO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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 inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años. (Nota Infoleg: por art. 1º de la Ley Nº 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 1º. La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada" (prorroga del artículo hasta el 23 de noviembre del 2013, Ley Nº 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 1º, 2º y 3º 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" deberán atenderse las obligaciones internacionales de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas respecto de sus tierras ancestrales y sobre sus recursos naturales.

Es que 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 Nº 172, párr. 90). Dicha hermenéutica fue reiterada 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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
D. ANDREA TELLECHEA SUÁREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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 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 indígenas 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 de 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 Nº 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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
M. ANDREA TELLECHEA QUAREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RB2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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 Nº 40/04, caso 12.053 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 Nº 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 Nº 125, párr. 144).

En definitiva, conforme el derecho vigente se deberá llevar a cabo la audiencia prescripta por el art. 14 de la ley 23.098, donde se expondrán las cuestiones litigiosas en torno a la amenaza de afectación de derechos y garantías constitucionales y convencionales que los denunciantes procuran conjurar a través de esta vía y luego de ella el a quo resolverá.

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.

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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
M. ANTONIA TRILCHEVA SUAREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Sala II
CAUSA Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

instancias anteriores, máxime si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal" (Fallos 331:632) como es, en el presente caso, la afectación de la garantía prevista en el art. 18, *in fine*, CN en tanto se ha denunciado la "agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad", en los términos del art. 3, de la ley 23.098 (cfr. Sala IV "LEGUIZAMON, Cristian s/ recurso de casación", registro nº 2676/2014.4, causa nº FSM 40365/2014/1/CFC1, rta. 25/11/15).

II. Cabe recordar que la acción de Habeas Corpus Preventivo opera cuando la privación de la libertad no se ha concretado, pero sí existe la amenaza cierta de que ello ocurra (art. 43, CN).

Al respecto, 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 constituyente derivado y del legislador ha sido la de garantizar la limitación, no solamente de los actos que impliquen detenciones o arrestos, sino por él contrario las molestias restrictivas de la libertad física de un/a ciudadano/a, sin que necesariamente impliquen una extinción definitiva del ejercicio de este derecho.

Ahora bien, 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 y conocer si subsiste orden de detención contra alguno de los miembros de la Comunidad.

En el caso de autos, tal como se destaca en los votos precedentes, la denuncia efectuada 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).

En este sentido, el reclamo también se 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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
A. MORENO SÁENZ
SECRETARIO DE CÁMARA

Sala II
CAUSA Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOF CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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 personería jurídica haya sido inscrita 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 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



Cámara Federal de Casación Penal

[Firma manuscrita]
ANDREA TELLECHEA SUÁREZ
SECRETARIA DE CÁMARA

Sala II
Causa Nº FGR 11180/2017/2/RH2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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).

Bajo estos parámetros, y teniendo en cuenta los antecedentes del trámite de la denuncia de habeas corpus reseñados en el acápite III del voto que lidera el presente acuerdo a cuyas consideraciones cabe remitirse; concluyo en que le asiste razón al impugnante en cuanto a la irregularidad del trámite impreso a la presente 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.

La adopción de la decisión del juez federal (confirmada por la Cámara) importó entonces retrotraer el procedimiento a la situación del artículo 10, lesionando los derechos de debido proceso y defensa en juicio, en particular: 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).

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 nº 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 nº 23.098. En tales circunstancias ya no se podrá retrotraer el procedimiento y desestimar la acción a tenor de lo establecido por el artículo 10 de la Ley nº 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 nº 23.098...".

Asimismo: "La audiencia del artículo 14 de la Ley nº 23.098 es obligatoria y se realizará con la presencia del juez, la persona amparada o representantes del colectivo



ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA

Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
CAUSA Nº FGR 11180/2017/2/RB2
"COMUNIDAD LOP CAMPO MARIPE (LOMA
DE CAMPANA) s/ recurso de casación"

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, debe computarse también la postura expuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, en cuanto considera "que debería 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 todos y cada uno de los involucrados en este conflicto, entre quienes sustentan un reclamo territorial por un lado, y los que disponen y ejercen el ius utendi et fruendi por el otro, como lo son la Nación, la provincia de Neuquén y la concesionaria. Por supuesto, no será en un habeas corpus donde se resuelva este asunto de fondo de manera permanente, porque es de naturaleza estrictamente político, de competencia del PEN y PL, pero sí es aquí donde debe quedar en claro si existe alguna medida restrictiva de la libertad y que se basa, porque ésta podría constituir un elemento que obstaculice el ejercicio de derechos y perturbe aquella la discusión de fondo."

Así entonces, la audiencia de Habeas Corpus directa, inmediata se constituye 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.


III. En virtud de lo dicho hasta aquí, coincido con el juez Slokar 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 su antecedente necesario y remitir con carácter de urgente al Juzgado Federal de Primera Instancia Nro. 2 de Neuquén para que informe lo aquí resuelto a la Cámara de Apelaciones y a fin de que imprima el trámite de habeas corpus correspondiente, de modo tal, que se garantice la integridad física y la libre circulación de los miembros de la Comunidad accionante, de conformidad con lo expuesto (arts. 3, 14 y 17 de la ley 23.098; arts. 456, 471, 530 y 531 *in fine* del CPPN).

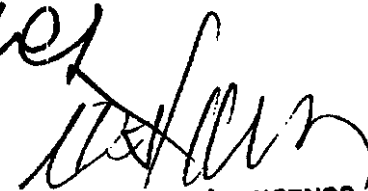
En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por unanimidad, **RESUELVE:**

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 nº 2 de Neuquén a fin de que se imprima el correspondiente trámite de hábeas corpus preventivo.

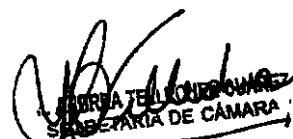
Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.


Dra. ANA MARIA FIGUEROA


ALEJANDRO W. SLOKAR


GUSTAVO M. HORNOS

38


MARIA TEL QUEL
SECRETARIA DE CÁMARA