

*Poder Judicial de la Nación*

**SI N° 301 – F° 590/595 Tomo XII**

//sistencia, a los seis días del mes de noviembre del año dos mil doce.

**Y VISTO:**

El expediente Registro de Cámara N° 50.713 caratulado: **“Autores varios s/ Infracción Art. 194 C.P.”**; venido en grado de apelación del Juzgado Federal de Formosa N° 2,

**Y CONSIDERANDO:**

**La Dra. Ana Victoria Order dijo:**

1.- Que a fs. 352/358 vta. el Juez “a quo” resolvió dictar el procesamiento sin prisión preventiva de Amanda Asijak, DNI N° 17.244.288 y de Félix Díaz, DNI N° 13.959.529, como coautores de delito de entorpecimiento de transporte por vía terrestre, previsto y reprimido por el Art. 194 del C.P.-

Trabó asimismo embargo sobre los bienes de los procesados hasta cubrir la suma de pesos trescientos (\$300) por cada uno de ellos.-

Para así decidir, el Inferior efectúa un pormenorizado análisis del tipo penal en cuestión.-

2.- Contra dicho pronunciamiento se alzó la Sra. Defensora Oficial planteando recurso de apelación (fs. 362/364).-

La Defensa, en su memorial, efectuó los cuestionamientos que seguidamente, en forma resumida, indicaré:

- a) Denuncia la apelante la falta de elementos objetivos y subjetivos que apoyen el criterio seguido en esta instancia en relación a la ocurrencia del hecho, y a la responsabilidad atribuida.
- b) Invoca la violación del Estado Provincial de garantizar los derechos reconocidos a los pueblos originarios en el Convenio 169 de la OIT.-
- c) Manifiesta que no debe perderse de vista el conflicto que se plantea entre el derecho de protesta y la libertad ordenada de tránsito, circunstancia que no fue analizada por el instructor.
- d) Que no se encuentra acreditado en autos que la conducta de los imputados haya creado una situación de peligro real.

A su turno, el Sr. Fiscal General adhirió al recurso de apelación interpuesto por la Defensora Oficial afirmando categóricamente que *“no se ha cometido delito alguno”* y que *“de ninguna manera pueden resultar pasibles de persecución penal los protagonistas de una protesta social”* (sic).-

Solicitó igualmente que se revoque la resolución apelada y se dicte el sobreseimiento de los imputados en autos.

**3.-** Planteado el caso en los términos que anteceden, efectuaré algunas consideraciones respecto de la invocada violación del Estado provincial de los derechos que amparan a los pueblos originarios.

Recordaré en este estadio, por motivos de orden expositivo, que de los testimonios brindados por los imputados surge, una vez más, la situación de vulnerabilidad que padecen las distintas comunidades aborígenes. (Ver fs. 136 y ssgtes.).-

Han dicho que necesitan atención médica y agua, necesidades básicas que en este momento histórico ya no debieran ser demandadas.

Por otra parte, requieren a las autoridades la restitución de sus tierras.

Ahora bien, como ya tuve oportunidad de expresar en causa análoga a la presente<sup>1</sup>, sabido es que las distintas etnias gozan de una especial protección constitucional a partir de la Reforma del año 1994, en la cual se estableció en el Art. 75 inc. 17 que: *“Corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regulan la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas serán enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”*.

Asimismo, la Constitución de la Provincia de Formosa establece en su Artículo 79 que: *“La Provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural,...”*.-

Que los citados reconocimientos constitucionales de derechos y garantías constituyen a la vez límite y fundamento para que las autoridades efectúen las políticas necesarias a efectos de asegurar la efectividad de la protección constitucional.

Por otra parte, entiendo que es tarea de la Justicia el hacer prácticos los derechos enunciados, los que por sí mismos son operativos y

---

<sup>1</sup> “Santillán Agustín y otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra – art. 194 C.P.A.” Esta Cámara – 03.08.2012.-

## *Poder Judicial de la Nación*

deben aplicarse per se, evitando que las cláusulas constitucionales devengan retóricas y vacías de contenido.

En este sentido, no puedo pasar por alto la circunstancia de que las autoridades de la Provincia de Formosa han desatendido los múltiples reclamos de las comunidades indígenas en violación de preceptos de orden superior, llevando a tales grupos al extremo de reclamar, por el único medio que entienden efectivo, el reconocimiento de sus prerrogativas, asistiendo razón a la defensa en este punto.

Por otro lado, en los presentes autos se advierte que colisiona el derecho de los imputados a peticionar a las autoridades, con la conducta típica del art. 194 del Código Penal, y el Juez de Grado ha entendido que debe prevalecer la libertad de tránsito.

No coincido con aquella postura, ya que *en un sistema republicano, donde el poder emana de la comunidad y donde los gobernantes tienen el deber de servir a los gobernados, el ejercicio del derecho de petición genera para las autoridades, una obligación mínima, cual es la de atender y analizar las peticiones que reciben. (“El derecho a peticionar a las autoridades – Badeni, Gregorio – La Ley 1991 – E – 1.)*

Y, en este caso puntual, la apreciación axiológica debe efectuarse sin olvidar las particulares circunstancias del caso.

En tal inteligencia, he formado mi convicción en el sentido de que, en la especie, los imputados obraron en la creencia de que se encontraban amparados por los derechos de reunión y petición. Todo ello valorado dentro del contexto social y particular en que la conducta se produjo, porque tanto la reflexión como la posibilidad de información dependen del contenido valorativo que la circunstancia concreta provee a la persona en su singular situación.

Desde otro punto de vista, se presenta en la causa una específica circunstancia cual es que el representante del Ministerio Público Fiscal, ha manifestado que *“no se ha cometido delito alguno”* y que *“de ninguna manera pueden resultar pasibles de persecución penal los protagonistas de una protesta social”* (sic), solicitando que se revoque la resolución apelada y se dicte el sobreseimiento de los imputados en autos.

Ante tan contundente afirmación, enfatizaré que existiendo por parte del titular de la acción o del ejercicio de la misma una solicitud de sobreseimiento, no ha mediado en esta instancia una acusación válida, no presentándose en autos la contradicción necesaria a los efectos de continuar con el proceso.

En este marco, recordaré que el Alto Tribunal, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los fines del Art. 18 de la C.N., ha dicho que esa norma exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. (Fallos 125:10; 127:36; 308:1557, entre otros).

De ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable.

Entiendo entonces que en el sub lite, fallar de un modo distinto al requerido por la defensa y el Sr. Fiscal, implicaría vulnerar la garantía del debido proceso del imputado.

En aval de lo expuesto creo oportuno citar el considerando 23 del fallo emitido por la CSJN in re “Quiroga”<sup>2</sup>: *“Que aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez acusar. De otro modo, **durante la instrucción**, el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería esperar independencia de criterio”.-*

Así también, el considerando 17 del fallo arriba citado es claro al sostener que: *“la exigencia de acusación si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, **sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del debate, sino su vigencia debe extenderse a la etapa previa de discusión acerca de la necesidad de su realización.** (el resaltado me pertenece).-*

Al respecto considero que, si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal pertenece a los denominados “sistemas mixtos”, no es menos cierto que la etapa del debate materializa claramente principios del procedimiento acusatorio, pudiendo estos

<sup>2</sup> CSJN: “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302” 23.12.2004 – 327:5863

## *Poder Judicial de la Nación*

principios trasladarse a la etapa que transitamos en determinados casos, como el presente, en salvaguarda de los derechos constitucionales del imputado.-

Por los fundamentos expuestos propongo revocar la Resolución impugnada. **ASI ES MI VOTO.-**

### **El Dr. José Luis Alberto Aguilar dijo:**

A fin de evitar reiteraciones doy por reproducido el relato de los antecedentes de la causa.

En forma preliminar recordaré que las presentes actuaciones tuvieron su origen en el popularmente llamado “corte de ruta” acaecido en fecha 25 de julio del año 2010 por un grupo de manifestantes, miembros de la Comunidad aborigen Qom de la colonia “La Primavera”, específicamente en la Ruta Nacional 86 a la altura del km 1345 de la Provincia de Formosa.

Que surge de los testimonios reunidos en autos que el reclamo perseguía mejores condiciones sociales para la comunidad afectada, como asimismo la restitución de tierras que les pertenecen.

En este estadio dable es destacar que este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse recientemente (03.08.12) en la causa: “Santillán Agustín y otros s/ Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra – art. 194 C.P.” expediente N° 49.928 – Registro de esta Cámara, creyendo necesario hacer referencia a aquél fallo ante las similitudes que se perciben entre ambas causas; de modo que, a los conceptos que ya hemos desarrollado allí, agregaré algunas especificaciones.

En ese marco, recordaré lo ya dicho en el expediente de mención respecto del Convenio N° 169 de la OIT el cual constituye un instrumento jurídico internacional ***vinculante*** que se encuentra incorporado a nuestra legislación mediante Ley 24.071, tratándose en él específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Como respuesta a la situación vulnerable de los mismos, el artículo 4 del Convenio establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos pueblos. Asimismo, establece que tales medidas especiales no deberán ser

contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas.

En relación a lo expresado por la Sra. Defensora Oficial en cuanto a que no debe perderse de vista el conflicto que se plantea entre el derecho de protesta y la libertad ordenada de tránsito, llevan razón sus dichos, ya que el Inferior interpretó la colisión de estos derechos de un modo con el cual disentimos, en el caso particular.

En tal inteligencia no puedo soslayar que los imputados han manifestado que recurrieron a tal modo de protesta ya que desde mucho tiempo atrás han venido solicitando la restitución de sus tierras y el pleno ejercicio de sus derechos sobre estas, como asimismo pidieron recibir atención médica y provisión de agua, sin ser oídos por las autoridades de turno, sintiéndose abandonados por quienes están obligados constitucionalmente a brindarles ayuda.

El Sr. Juez de Grado consideró al respecto a fs. 355 que no debía perderse de vista que *“el interés de peticionar por un problema o incluso a un derecho que aqueja a un grupo determinado de la sociedad (por más intenso y relevante que este pueda ser), no debe ser inexorablemente canalizado mediante la violación de otros derechos y libertades de terceros o, como sucedió en el caso de autos, por medio del impedimento de la circulación...**sin perjuicio que la medida adoptada (corte de ruta), en oportunidades anteriores, se haya mostrado como la más eficaz para obtener una respuesta satisfactoria a su reclamo”***.

Así también el Inferior hace referencia a los hechos de violencia acontecidos al levantarse la medida de protesta.

Párrafo aparte merece dicha referencia. Los lamentables hechos que tuvieron lugar en las cercanías del corte de ruta que originara estos actuados han sido de público conocimiento, sin embargo, tales episodios no son objeto de análisis en los presentes autos.-

Fácil es advertir que el Juzgador ha realizado una confrontación de los derechos de reunión y petición a las autoridades y de libre circulación, dando preferencia a este último.

## *Poder Judicial de la Nación*

Y es en este punto donde debo disentir, ya que la trascendencia de los derechos constitucionales de petición y de reunión, sumada a la jurisprudencia contradictoria producida acerca de si los cortes de ruta como mecanismos de protesta constituyen o no delito, puede dar lugar a que los manifestantes actúen incursos en un error, ya que la conducta de los mismos se inicia a través del ejercicio legítimo de un derecho.

Obsérvese que el mismo Sentenciante reconoce que *la medida adoptada (corte de ruta), en oportunidades anteriores, se ha mostrado como la más eficaz para obtener una respuesta satisfactoria a su reclamo*, sin consecuencias jurídico – penales, por lo que no podemos descartar la existencia del error.

Por otra parte, no es un dato menor que los imputados pertenezcan a los pueblos originarios (Tribu Qom) ya que citando al reconocido constitucionalista Roberto Gargarella<sup>3</sup> recordaremos que: *“cuando el recurso del corte de ruta es utilizado por grupos excluidos deberán preponderarse especialmente las dificultades expresivas”* (sic), sin que implique, por supuesto, impunidad en todos los casos.

Ello en razón de que el ejercicio de los derechos de reunión y de petición aparece como el primer derecho: “el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos”.<sup>4</sup>

Y, en otro orden de ideas, sabido es que las distintas etnias gozan de una especial protección constitucional a partir de la Reforma del año 1994.

Pese a ello, sistemáticamente se han vulnerado los derechos de los pueblos originarios en la provincia de Formosa, al negárseles respuestas concretas ante necesidades básicas, circunstancias harto conocidas por la sociedad.

En atención a ello, creo preciso destacar que el tema en análisis encierra una cuestión de connotaciones políticas que deben ser de resorte del poder político, quien debe encontrar los caminos y medios de solución, **no pudiendo judicializarse la protesta indígena**, propiciando desde este Tribunal que tales conflictos cesen en beneficio de la paz social.

<sup>3</sup> Gargarella, Roberto, El Derecho a la protesta, el primer derecho, Ad Hoc, Buenos Aires 2007.-

<sup>4</sup> Gargarella Roberto, ob. cit.

A más de los fundamentos hasta aquí expuestos, existe en autos una circunstancia determinante para conceder la apelación planteada, cual es que el Sr. Fiscal General no sólo que ha adherido a la apelación, sino que ha ejercido una enérgica defensa de los imputados con la cual, en el caso concreto, coincido.

A la sazón, sabido es, que la exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, y que los tres poderes que se desarrollan durante el proceso penal se integran de tal manera *“que hacen de trípode a la Justicia mientras el derecho se realiza, se apoyan independientemente en una misma base y se unen al culminar en una misma finalidad...”* (Clariá Olmedo, Jorge – Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Ediar, 1960, p. 24).-

De tal modo, puede concluirse que, en el caso particular, se ha logrado una armonía perfecta entre lo sostenido por el Sr. Fiscal, quien lejos de propiciar el procesamiento – manifestación del impulso acusatorio en esta procesal - se pronuncia en favor de los imputados y la defensa, extremo que fortalece la solución aquí propuesta en punto a la ausencia de estímulo fiscal.

Como corolario, creo pertinente efectuar una interesante cita acerca del debatido tema de la criminalización de la protesta social.

*“El terreno de los cortes de vías de comunicación y de ocupación de los espacios públicos, aparece como de imposible regulación. Siempre podrá discutirse la regulación misma como restrictiva de la libertad de expresión. Mi propuesta es la de volver a las primeras páginas de todos los tratados y manuales de Derecho Penal y Constitucional, y de convencerse que la ley penal no soluciona todos los conflictos sociales. Otras son las ramas del derecho que deben ocuparse del asunto: me refiero a la coacción directa administrativa. No se trata de considerar que los “piqueteros” tienen la libertad absoluta de hacer lo que quieren por cualquier tiempo, de cualquier modo y en cualquier lugar, sino de no criminalizar estos hechos. Sus actos podrán ser antijurídicos cuando excedan los estándares de ejercicio de los derechos de jerarquía constitucional a la*

## *Poder Judicial de la Nación*

*libertad de expresión, de reunión, de asociación y de petición a las autoridades, pero ello no los transforma automáticamente en delictivos.” Javier Augusto De Luca<sup>5</sup> – Fiscal ante la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal.*

Conforme lo sostenido, propongo al Acuerdo revocar la Resolución en crisis. **ASÍ VOTO.-**

**La Dra. Selva Angélica Spessot dijo:** Que a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, doy por reproducida la relación de causa efectuada en el voto que encabeza el presente resolutorio, adelantando desde ya mi adhesión a la decisión adoptada por los Sres. Magistrados preopinantes, por compartir en un todo sus fundamentos.

No obstante ello, considero pertinente llevar a cabo algunas breves consideraciones respecto de la materia objeto de análisis, por las cuales habré de acoger favorablemente la apelación interpuesta en favor de Amanda Asijak y Félix Díaz.

Cabe señalar que conforme emerge del presente legajo, la causa sub iudice habría tenido origen, en fecha 25/07/10, ante un supuesto de corte de la Ruta Nacional N° 86 (piquete), kilómetro 1345, a la altura de Colonia la Primavera (Formosa), por miembros de la comunidad “Qom” –etnia Toba- con el objetivo de obtener respuesta a los múltiples reclamos efectuados a las autoridades de la provincia de Formosa, en punto a cuestiones de índole asistencial y para que les sean restituidas las tierras que, prima facie, habrían sido destinadas a la construcción de una sede de la Universidad Nacional de Formosa.

Dable resulta destacar que la materia objeto de estudio por parte de este Tribunal, guarda similitud a la que fuera resuelta en autos “SANTILLAN, Agustín y otros s/Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra-art.194 C.P.A”, Expte. N° 49.928 del registro de esta Alzada, en orden a las garantías constitucionales involucradas, pues se verifica -en la especie- que al derecho de transitar libremente consagrado en los arts. 14 de la CN, VIII de la DADyDH, 13 de la DUDH, 12 del PIDCyP y 22 de la CADH, se le

<sup>5</sup> “Piquetes. Un banco de pruebas para el derecho penal. “Cuestiones Penales, homenaje al profesor doctor Esteban J.A. Righi”, AA.VV., coordinador Gustavo Bruzzone, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, febrero de 2012, pág. 303 a 340.

oponen -en la oportunidad- el de petición y de reunión protegidos por los arts. 14 y 33 de la CN, IV y XXI de la DADyDH, 13 y 15 de la CADH, 19 y 20 de la DUDH, 19 y 21 del PIDCyP, no debiendo perderse de vista especialmente los derechos de los pueblos indígenas amparados por los arts. 75 inc. 17 de la CN, 79 de la Constitución de la Provincia de Formosa y por el Convenio 169 de la OIT (incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 24.071).

En tal sentido, se observa que el instructor dio preeminencia al derecho de tránsito por sobre el resto de garantías citadas ut supra, lo que en particular contexto de la res iudicanda no se comparte, no extrayéndose del resolutorio puesto en tela de juicio de manera autosuficiente los motivos por los que el inferior arriba a tal conclusión, limitándose tan solo a comprobar los distintos elementos que -prima facie- darían lugar a la configuración de la referida figura penal. Ello, más aún si se atiende a la circunstancia de que en varias oportunidades se constata en el auto atacado la referencia a que los derechos consagrados por nuestra Carta Fundamental no son absolutos, lo que me lleva a preguntar: ¿Cuál sería el baremo tenido en consideración por el juez a quo para privilegiar la aludida garantía?

Debe tenerse presente que el examen del juzgador, más allá de la decisión que adopte, deberá contemplar las consideraciones precedentemente expuestas, de modo de atender todos los valores en juego en su justa medida y así evitar soluciones incompletas que puedan conducir a resoluciones técnicamente objetables (Cfr. Germán Castelli y Ezequiel Berón de Astrada, en comentario al art. 194 contenido en “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, T. 8, p. 684 y ss.).

Al respecto, surge del decisorio criticado que uno de los motivos determinantes del procesamiento de Amanda Asijak y Félix Díaz en orden al delito previsto en el art. 194 del digesto sustantivo, estaría dado por los “...serios inconvenientes que generó en la sociedad formoseña...”(sic fs. 358) la modalidad de protesta (corte de ruta) encabezada por miembros de la comunidad “Qom”, pareciendo señalarse con ello que los problemas que aquejan a dicho grupo social no son problemas de la sociedad formoseña en su conjunto, debiendo recordar que el quantum de seguridad de un sistema democrático

## *Poder Judicial de la Nación*

como el nuestro, está dado por el respeto que la mayoría dispensa con relación de los derechos y libertades de las minorías (Cfr. Lord Acton, citado por Sartori, Giovanni: “¿Que es la democracia?”, Ed. Taurus, 2003), lo que podría verse vulnerado si, como en el caso de autos, se pretendiera criminalizar la “protesta social” de los grupos más vulnerables del colectivo social.

Si bien es cierto que el legislador se preocupó al resguardar en el mencionado art. 194 del digesto sustantivo, el derecho de libertad de tránsito, no lo es menos que, como se dijo, en el sub examen se hallan también comprometidos los derechos de reunión y peticionar ante las autoridades, y en especial la protección que la Carta Fundamental, la Constitución de la provincia de Formosa y el Convenio N° 169 de la OIT (ley 24.071) dispensan a los pueblos originarios a través del art. 75 inc. 17 y art. 79 –respectivamente– (Cfr. Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya: “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 356 y ss.), lo que no ha sido suficientemente sopesado por el instructor, más aún en consideración a la advertida situación de desamparo de los miembros de la comunidad “Qom”.

Todo ello, como se señaló, a efectos de resguardar que la decisión adoptada en la oportunidad no tenga, por mera finalidad el criminalizar la “protesta social” de miembros de la comunidad indígena, más aún en consideración a las especiales circunstancias descritas con anterioridad, y al hecho de ser público y notorio que en situación similar a la suscitada en la oportunidad, no ha tenido similar solución a la adoptada en la oportunidad.

Por lo demás, cabe tener presente la adhesión postulada por el Fiscal General al momento de evacuar la vista conferida en función del art. 453 del CPPN, quién amén de solicitar que se revoque el auto puesto en tela de juicio, pidió el sobreseimiento de los encausados, lo cual exime a la suscripta de mayores comentarios.

Por lo expuesto, considero que deberá hacerse lugar al recurso de apelación articulado por la defensa de Amanda Asijak y Félix Díaz, revocándose la resolución recurrida. ASI VOTO.

Por los fundamentos expuestos **SE RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 362/364 por la Sra. Defensora

Pública Oficial de Amanda Asijak y Félix Díaz y, en consecuencia, **REVOCAR** la Resolución de fs. 352/358 vta..-

Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. *Fdo. Ana Victoria Order, Juez de Cámara – José Luis Alberto Aguilar, Juez de Cámara – Selva Angélica Spessot, Juez de Cámara – Miriam C.P. de Custidiano - Secretaria.-*



# *Poder Judicial de la Nación*

**USO OFICIAL**