

Poder Judicial de la Nación

//sistencia, a los tres días del mes de Agosto del año dos mil doce.-

Y VISTO: Este expediente registro de Cámara N° 49928, caratulado: “SANTILLAN, Agustín y otros s/Interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra-art.194 C.P.A-“; que en grado de apelación viene del Juzgado Federal N° 2 de Formosa; de los que

RESULTA:

1.- Que vienen las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs.116/118, por la Sra. Defensora Oficial de la instancia de origen contra la resolución N° 515/11 que dispuso el “procesamiento sin prisión preventiva” de Agustín Santillán y Albina Espeche como coautores del delito de entorpecimiento de transporte por vía terrestre, previsto y reprimido por el art.194 del Código Penal (fs. 109/114 y vta.).

Para así decidir, señala el a-quo, luego de reseñar las diversas pruebas acumuladas en la causa, que “se halla debidamente acreditado que durante los días 4 de mayo de 2011 hasta el 13 de mayo de 2011, los imputados juntamente con otros manifestantes, se apostaron sobre la cinta asfáltica de la Ruta Nacional N° 81, en el acceso a la localidad de Ingeniero Juárez de la Provincia de Formosa, instalando pasacalles, carteles, entre otras cosas, impidiendo totalmente el tránsito por dicho lugar, y posteriormente habilitando el paso solamente para la circulación de ambulancias, transporte de agua y gas”

Por ello afirma que, resulta indudable que en el caso de marras, se ha verificado –no una, sino- las tres modalidades de la conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal (impedir, estorbar, entorpecer), toda vez que las medidas adoptadas por los manifestantes impidieron totalmente el desplazamiento; estorbaron generando molestias al normal funcionamiento vehicular y lo entorpecieron ya que obligó a los demorados a modificar su derrotero, a detenerse y a degradar, en el caso de los transporte de carga y pasajeros, la prestación para la cual se encuentran previstos.

2.- Que la defensa recurrente, por su parte, sostiene “la falta de elementos objetivos y subjetivos que apoyen el criterio seguido en esta instancia de origen en relación a la concurrencia del hecho y a la responsabilidad atribuida a los encartados”.

En tal sentido, luego de efectuar una somera referencia a los sucesos que dieron origen a este proceso contra dos integrantes de la etnia wichi, a raíz de las manifestaciones llevadas a cabo por la referida comunidad, con motivo de la falta de respuesta por parte del estado provincial –Formosa- a diversos petitorios formulados, alega que dicha situación vulnera derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, que el estado tiene la obligación de garantizar a los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 de la OIT, Parte

V de la Seguridad Social y Salud y Parte VI de Educación, circunstancias que motivaron la manifestación de protesta y ocupación del espacio público.

Destaca que el Instructor no ha realizado un análisis adecuado de las cuestiones básicas que surgen del conflicto que se plantea entre el derecho de reunión y de protesta y la libertad de tránsito; y que en el caso en modo alguno puede considerarse infracción penal pues el derecho de reunión y petición a las autoridades hace a la esencia misma del sistema republicano.

3.- Concedido el recurso y radicados los autos ante el Tribunal, a fs. 216 el señor Fiscal General Subrogante hace saber que adhiere al recurso de apelación de la defensa.

Que, habiéndose cumplimentado con el pertinente trámite y celebrado la audiencia prevista en el código de rito (conf. arts. 453 y 454 del C.P.P.N. según Ley 26.374), de lo que se dejó constancia en autos (fs.146); las presentes actuaciones quedan en condiciones de ser resuelta.

CONSIDERANDO:

1.- Que, habilitada la jurisdicción del Tribunal y configurado el objeto de conocimiento del mismo, corresponde determinar la viabilidad del planteo recursivo intentado.

El Dr. José L.A.Aguilar dijo:

Tal como han sido planteados los agravios en la ocasión prevista por el artículo 454 del C.P.P.N. y en tanto están en juego los derechos de petición, de reunión y de libre tránsito, previo a otras consideraciones cabe efectuar una breve referencia al trasfondo que envuelve a la cuestión.

Que resulta imprescindible cuando ha de juzgarse a un integrante de nuestros pueblos originarios que se evalúe correctamente la incidencia de su idiosincrasia en la imputación subjetiva que pueda imputársele y expresamente señala el Tribunal al respecto que “cobra especial trascendencia, en tanto los artículos 75 inc.17 CN y 15 de la Constitución Provincial, garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta”.

Cabe consignar que lejos han quedado las etapas del rechazo en su consideración más extrema que consistía en la supuesta “conversión de los indios conservando el trato pacífico con los mismos y promoviendo su conversión al catolicismo (conf.art.67 inc.15 C.N. 1853/1860), como la etapa de la “tolerancia asimilacionista en la que se bregaba por incorporar efectivamente a los indios a la sociedad civilizada”, porque tales períodos pseudo evolutivos olvidaban lo esencial, es decir, el “reconocer la

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” como finalmente lo hace la C.N-t.o. 1994- en su art. 75 inc.17, consagrando y empezando a consolidar la etapa del verdadero reconocimiento ponderando precisamente la diversidad, que en modo alguno –y nadie se llame a engaño- afecta la garantía de igualdad.

Sostenía Germán Bidart Campos que “cuando se asume con pragmatismo –no exento de sólido respaldo ius filosófico- que por ser indígenas necesitan disponer de sus derechos en la particular situación de su inserción concreta en una comunidad específicamente diferente, y que en todo caso lo que esa situación tiene de desigualdad con el resto de la sociedad deben ser tratados también de manera distinta precisamente para que la igualdad real de oportunidades sea efectiva, nos queda muy claro que las modalidades y los contenidos de muchos derechos tienen que abastecerse sin arrasar la identidad y la diferencia de quienes los titularizan. Esto no es privilegiar la sangre, ni el nacimiento ni el origen étnico o racial. Es simplemente aplicar la regla inveterada de que quienes se emplazan en circunstancias diferentes no se los ha de nivelar a todos igualitariamente porque, de ser así, en vez de igualdad imponemos la desigualdad” (Bidart Campos, Germán “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos” LL 1996-B-1205).

No puede perderse de vista por cierto y en este caso se prestó mucho énfasis en ello que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, lo que describe y constituye su particular cosmovisión y religiosidad.

Es precisamente lo que no ha podido escindir del análisis el juez a-quo que pierde vista esa diversidad cultural señalada, en una suerte de exaltación del principio kantiano de la limitación de los derechos subjetivos de terceros, deja de lado como bien lo señala el Sr. Fiscal General el principio de la protesta social responsable que sin dudas prevalece como derecho social frente al derecho individual.

Si bien no caben en un pronunciamiento propio de la instrucción, aun cuando fuera de 2da. Instancia, análisis determinantes de conductas permisivas y/o algún otro análisis sobre la imputabilidad, lo cierto es que con el fallo recurrido, hubo operado una suerte de criminalización de la protesta social que en este caso reviste un carácter especial por la diversidad cultural señalada que ameritaba al menos un análisis más profundo, ya que además social la protesta era también cultural pues con la actitud reclamante quienes resultaron procesados, no han hecho otra cosa que exteriorizar el grito de ayuda de su comunidad.

Entiendo así que no resulta ajustado a derecho la decisión adoptada por el a-quo pues frente a lo que constituye una protesta social y cultural no puede adoptarse un criterio criminalizante, obviamente la cuestión va más allá de lo estrictamente judicial, queda claro que la frecuente judicialización de los reclamos sociales y culturales, como es este caso,

obedece a la falta de respuestas políticas integradoras, que reitero, están fuera de la órbita judicial, por lo que frente a este tipo de conflictos, no es el poder judicial quien debe oficiar de manu militari corrector, sino encontrarse caminos de solución para evitarlos, en la gestión política.

Por ello concluyo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto y en consecuencia revocar la resolución de fs. 109/114 y vta. **ASI VOTO**.

La Dra. Ana Victoria Order dijo:

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

Que en atención al agravio central formulado por la defensa, cual es la falta de cumplimiento por parte de las autoridades provinciales a los reiterados petitorios formulados por la etnia wichi, los cuales se respaldan en el Convenio 169 de la OIT, creo necesario efectuar ciertas consideraciones.

En primer término debo mencionar que los imputados al prestar declaración indagatoria manifestaron que en el año 2009 habían efectuado un primer reclamo el cual duró quince días, que en aquella oportunidad solicitaron a las autoridades mejores condiciones de vivienda, salud y educación para su comunidad. A efectos de acreditar sus dichos, solicitó el imputado Santillán la incorporación del “Acta de Acuerdo y levantamiento de corte de ruta nacional 81”, labrada en aquella oportunidad, la cual se incorporara a la presente causa y obra a fs. 102.-

Que ante el incumplimiento por parte de las autoridades a lo convenido, los manifestantes insisten en su reclamo con idéntica medida de protesta en el mes de mayo del año 2011, la cual diera lugar a los procesamientos aquí cuestionados.-

Ahora bien, 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.

Poder Judicial de la Nación

Por otra parte, entiendo que es tarea de la Justicia el hacer prácticos los derechos enunciados, los que por sí mismos son operativos y deben aplicarse per se, evitando que las cláusulas constitucionales devengan retóricas y vacías de contenido.

Cabe también traer a consideración, ante lo requerido por la defensa, el Convenio núm. 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.

La legislación citada basta, para recordar la especial protección de la cual gozan los pueblos originarios.

Entonces, no resulta sencilla la tarea que debemos emprender en los presentes autos donde se advierte que colisiona el derecho de los imputados a peticionar a las autoridades, con la conducta típica del art. 194 del Código Penal.

Para resolver este dilema expondré que la forma elegida por la etnia wichi para lograr la atención de las autoridades ha sido la comúnmente llamada “corte de ruta”, la cual, sin lugar a dudas, provoca molestias a quienes se ven impedidos de transitar con normalidad.

Sin embargo y aún frente a la existencia del tipo penal previsto en el Art. 194 del C.P., sucede en el país una particular situación en la que las manifestaciones y protestas consistentes en cortes de tránsito ocurren diariamente sin consecuencias jurídico - penales para los reclamantes.

Más aún, surge del acta agregada a fs. 102 de autos que en el mes de mayo del año 2009 un grupo de manifestantes pertenecientes a la comunidad indígena wichi, autoconvocados en Asamblea, entre los cuales se encontraban los imputados, había cortado la ruta nacional 81 en requerimiento de mejoras relativas a vivienda, educación y salud; comprometiéndose en aquel momento el Sr. Asesor de Gobierno de la Provincia de Formosa a implementar medidas tales como el nombramiento de tres maestros especiales de la modalidad aborígen, la designación de dos agentes de salud y medicamentos para el Centro de Salud de la comunidad, la construcción de viviendas para los más carenciados en forma paulatina, etc.

En aquel momento los manifestantes no fueron sometidos a proceso penal alguno, sino que, contrariamente, fueron escuchados en sus reclamos, aunque sin éxito en lo que respecta al cumplimiento de los mismos.

Es así, ya que las promesas asumidas fueron quebrantadas por las autoridades de turno, quienes están obligados a garantizar la operatividad de las prerrogativas constitucionales, como se dijera.

Lo antedicho no resulta un dato menor 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.”)

Entonces, ante la falta de respuestas concretas por parte del poder político, quien se erige en garante del bienestar popular; la comunidad afectada reiteró el modo de reproche en el mes de mayo del año 2011.

Con los antecedentes enunciados, 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.

Por otra parte, agregaré citando a autorizada doctrina que los encartados *“tenían razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho”* (conf. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General – TOMO I, Civitas, Pag. 880*).

Desde otro punto de vista, creo apropiado destacar que el representante del Ministerio Público Fiscal, en oportunidad de adherir al recurso incoado por la defensa (fs. 135) ha manifestado: *“...Se advierte en la Resolución en crisis que el a quo no ha realizado adecuadamente los antecedentes obrantes en la causa, ya que la manifestación ordenada y pacífica en ningún caso puede considerarse infracción penal pues el derecho de reunión y petición a las autoridades pertenece a la esencia del sistema de gobierno”* (sic).- (énfasis propio).-

Ante tan contundente afirmación, enfatizaré que si bien he disentido con el Sr. Fiscal en otras oportunidades, en donde se discutía la procedencia de medidas de coerción de la libertad personal, en esta ocasión y en el caso concreto creo que llevan razón sus dichos.

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 acusar, se manifiesta en

Poder Judicial de la Nación

favor de los imputados y la defensa, extremo que fortalece la solución aquí propuesta en punto a la ausencia de estímulo fiscal.

A modo de corolario, me permito evocar una frase de un célebre dramaturgo y poeta alemán: “Hay hombres que luchan un día y son buenos, hay otros que luchan un año y son mejores, hay quienes luchan muchos años y son muy buenos, pero hay los que luchan toda la vida, esos son los imprescindibles.” *Bertolt Brecht.*-

Por los fundamentos expuestos propongo al Acuerdo se revoque el procesamiento recurrido. **ASI VOTO.**-

La Dra. Selva Angélica Spessot dijo: Que adhiero al voto de los Sres. Jueces preopinantes, por compartir sus fundamentos, sin perjuicio de efectuar algunas breves consideraciones respecto de la cuestión en trato, por las cuales habré de acoger favorablemente la apelación deducida.

En tal sentido, a poco de ingresar al análisis del auto puesto en tela de juicio, por el que se dispone el procesamiento de los miembros de la etnia wichi, Agustín Santillán y Albina Espeche, en orden al delito previsto y reprimido por el art. 194 del Código Penal, advierto que el juez *a quo* no ha ponderado acabadamente los diferentes aspectos que componen la problemática suscitada en autos, limitándose tan solo a comprobar los distintos elementos que *–prima facie–* darían lugar a la configuración de la referida figura penal.

Así pues, cabe señalar que en el *sub iudice* no se ha hecho suficiente consideración respecto de los derechos constitucionales en juego, pues si bien es cierto que el legislador se preocupó al resguardar el mencionado art. 194 del digesto sustantivo, el derecho de libertad de tránsito, no lo es menos que en autos 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.).

Todo ello, a efectos de resguardar que la decisión adoptada en la oportunidad no tenga, por mera finalidad el criminalizar la “protesta social”, más aún en consideración a las especiales circunstancias descritas con anterioridad, y al hecho de verificarse en autos que una situación similar a la suscitada en la oportunidad, pero transcurrida en el mes de mayo del año 2009, no ha tenido similar solución a la adoptada en la especie.

Por lo expuesto, considero que deberá hacerse lugar al recurso de apelación articulado por la defensa de Agustín Santillán y Albina Espeche, revocándose la resolución recurrida. **ASI VOTO.**

Por todo ello, **SE RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs.116/118 por la Sra. Defensora Oficial Pública de Agustín Santillán y Albina Espeche y, en consecuencia REVOCAR la resolución impugnada de fs.109/114vta.

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