

SECRETARÍA PENAL STJ N°2

Sentencia 20 - 01/04/2022 - DEFINITIVA

Expediente MPF-BA-04875-2019 - BUENULEO RAMIRO Y OTS (COMUNIDAD BUENULEO) S/
USURPACION - LEY 5020

Sumarios No posee sumarios.

Texto Sentencia Superior Tribunal de Justicia

Viedma

En la ciudad de Viedma, a un día del mes de abril de 2022, finalizado el Acuerdo celebrado entre los miembros del Superior Tribunal de Justicia señoras Juezas Liliana L. Piccinini y M^a Cecilia Criado y señores Jueces Ricardo A. Apcarian, Sergio G. Ceci y Sergio M. Barotto, para el tratamiento de los autos caratulados "BUENULEO RAMIRO Y OTS (COMUNIDAD BUENULEO) S/ USURPACIÓN" - IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA - ART. 242

(Legajo MPF-BA-04875-2019), teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES:

Mediante Sentencia N° 207, de fecha 24 de noviembre de 2021, el Tribunal de Impugnación (en adelante TI) hizo lugar a las impugnaciones ordinarias interpuestas por los letrados particulares Fernando Kosovsky (en representación de Rosa Mabel Buenuleo, Lucas Emmanuel Dinamarca, Nahuel Aucan Maliqueo, Mauro Millán y Nicolás Antonio Quijada) y Ezequiel Palavecino (en representación de Ramiro Abelardo Andrés Buenuleo, Sandra Noemí Ferman y Claudio Javier Raile), que contaban con dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal; revocó las decisiones de los Jueces de Garantías -del 17/03/21- y de Revisión -del 10/08/21- que habían rechazado el planteo vinculado con la atipicidad penal y dictó el sobreseimiento de las ocho personas ya nombradas por el hecho ocurrido el día 10 de septiembre de 2019, subsumido en el art. 181 inc. 1° del Código Penal. Asimismo, el 7 de diciembre de 2021 hizo lugar a la aclaratoria presentada por el letrado Kosovsky e indicó que el punto cuarto de aquella decisión se perfecciona con el agregado de la referencia final "por su orden (art. 266 del CPP)", en alusión a la imposición de costas.

Por su parte, el querellante Emilio Friedrich, con el patrocinio del letrado Alejandro

Pschunder, se opuso a la decisión de sobreseimiento dictada por el TI mediante la interposición de una impugnación extraordinaria (del 10/12/21), cuya denegatoria motivó una queja ante este Cuerpo, a la que se hizo lugar.

Celebrada la audiencia prevista por el art. 245 del Código Procesal Penal -a la que asistieron el querellante Emilio Friedrich, su letrado patrocinante Alejandro Pschunder; el defensor Fernando Kosovsky con sus asistidos Rosa Mabel Buenuleo y Lucas Emanuel Dinamarca, y el letrado Ezequiel Palavecino con sus representados Ramiro Abelardo Andrés Buenuleo y Sandra Noemí Ferman-, escuchados los alegatos respectivos y realizada la deliberación correspondiente, se ha decidido plantear las siguientes

CUESTIONES:

1ª) ¿Es procedente la impugnación extraordinaria?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde?

CONSIDERACIONES

A la primera cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini, los señores Jueces Ricardo A. Aparcian y Sergio G. Ceci, la señora Jueza Mª Cecilia Criado y el señor Juez Sergio M. Barotto dijeron:

1. Agravios de la impugnación extraordinaria

La parte querellante encuadra su impugnación extraordinaria en el inc. 2º del art. 242 del Código Procesal Penal (aun cuando hay una referencia inicial al inc. 1º de esa norma, se alega y peticiona finalmente solo sobre el inc. 2º).

En sustento de su reclamo, alega que lo resuelto por el TI le causa gravamen irreparable en su condición de víctima y afecta sus derechos constitucionales y convencionales. Refiere así que se le ha impedido acceder al sistema de justicia para exigir la reparación del daño causado conforme la obligación estatal de brindar un sistema judicial libre, eficaz y no discriminatorio. Señala que ha sido despojado violentamente y no se le ha garantizado su derecho constitucional a la propiedad.

Menciona diversos instrumentos internacionales que tutelan sus derechos como víctima, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cita

también la Ley 27372 y la Constitución Nacional en su art. 17 sobre el derecho a la propiedad, como asimismo el art. 16 respecto del derecho a la igualdad, por cuanto considera que "se desprende de la sentencia que un grupo de personas puede vulnerar el derecho de otras sin consecuencias penales por el solo hecho de invocar la pertenencia a una comunidad aborígen".

Invoca también la arbitrariedad de la sentencia del TI en tanto mediante falacias y desvíos lógicos omitió aplicar la ley de fondo (art. 181 CP), dejando de lado las constancias de la causa y afirmando que no hubo despojo. Plantea al respecto la violación del debido proceso y la defensa en juicio.

A ello añade que en la sentencia constan afirmaciones dogmáticas respecto del derecho de los pueblos originarios, pero no se han tenido en cuenta sus derechos como víctima. Critica que parte de esa decisión se sustente en un acto nulificado por vicios graves, en relación con la resolución 90/20 del INAI, y estima que la valoración de elementos previos al dictado de un acto anulado, sumada a la incorporación de la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal que así lo dispuso, descalifica la sentencia y la torna arbitraria.

Entiende además que es una falsedad la referencia a un supuesto proceso de armonía, puesto que en el caso solo existió y persiste un despojo violento.

Agrega que es un error afirmar la existencia de posesión ancestral cuando se trata de una propiedad privada, adquirida según el Código Civil Argentino, ya que fue enajenada como compraventa por su titular dominial. Sobre el punto, sostiene que la sentencia es arbitraria, en tanto no ha habido acto de otorgamiento de propiedad comunitaria ni se ha cumplido el procedimiento previo fijado en la Ley 23302.

Manifiesta que el hecho de "que algunos de los imputados hayan realizado trámites tendientes al reconocimiento como Comunidad mapuche no les da derecho ni los habilita para que puedan ejercer vías de hecho, el reconocimiento como Comunidad es a los efectos que ejerzan los derechos, pero por las vías legales, esto es una gran confusión del TI". A ello agrega que uno de los imputados (Millán) no es rionegrino y fue coautor en la usurpación. Entiende que la sentencia impugnada convalida las vías de hecho, ya que los

usurpadores no tenían la posesión sino que el recurrente era el poseedor con justo título. Señala además que invocar ser miembros de una comunidad no los aparta de los derechos y obligaciones que tienen como miembros de la sociedad argentina, ni de la aplicabilidad del Código Penal; y que tampoco la normativa sobre derechos de los pueblos indígenas citada en la sentencia (arts. 14 y 17 de la Convención 169 OIT y art. 75 inc. 17 C.Nac.) menciona las vías de hecho como método para recuperar tierras.

Cuestiona la argumentación del TI según la cual las propiedades comunitaria y particular no se excluyen y sería el fuero civil el encargado de determinar sus alcances, por estimar que es contraria a lo establecido en la Ley 23302, donde se distinguen tierras fiscales y privadas y, en este último caso, sería el Congreso de la Nación, no el fuero civil, el que decide si expropia o da a la comunidad una tierra igual a la que no puede acceder por ser propiedad privada.

Critica el análisis efectuado en relación con el tipo penal del art. 181 inc. 1° del Código Penal y afirma que sí existe una cuestión objetiva, que es el despojo por la fuerza que hicieron quienes resultaron sobreesidos por el TI, mientras que el elemento subjetivo también está en el legajo, es decir, que tuvieron la intención clara y precisa de despojarlo de su propiedad.

Califica de descabellada la referencia a que "la pertenencia a una Comunidad indígena se transforma entonces en un elemento negativo del tipo de la usurpación" y agrega que en el año 2019, cuando sucedieron los hechos, concurrían todos los elementos del tipo y no había tierras individualizadas como afirma la sentencia, en tanto no existía la resolución del INAI que luego fue declarada nula, ni su relevamiento territorial.

Finalmente, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se admita la impugnación extraordinaria.

2. Contestaciones de traslado de las defensas

2.1. Al contestar el traslado, el letrado Fernando Kosovsky (en representación de Rosa Buenuleo, Lucas Dinamarca, Nahuel Maliqueo, Mauro Millán y Nicolás Quijada) solicita su rechazo, pues considera acertada la sentencia impugnada. Alude a las vías a las que ya ha recurrido la querellante para hacer valer sus derechos (justicia civil por juicio de escrituración,

justicia federal de Bariloche y contencioso administrativo federal, donde obtuvo una sentencia favorable que se encuentra recurrida por el INAI). Considera entonces que el TI ha aplicado correctamente el derecho y se ajusta a la posición de este Cuerpo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Martínez Perez c/Palma", al estimar que no hay ni puede haber ilicitud penal en una ocupación tradicional delimitada mediante los procedimientos adecuados que el derecho internacional exige -art. 14.3 convenio 169 OIT-, lo que fue suficiente para que el Ministerio Público Fiscal compartiera el pedido de sobreseimiento y desistiera de la acción penal.

Agrega que la impugnación debe ser rechazada ya que el TI, además, dejó sin efecto la conversión de la persecución penal pública en privada.

En lo sustancial, refiere que al señor Friedrich jamás se le ha impedido el acceso a la justicia ni el derecho a ser oído, sino que solo ha obtenido una sentencia desfavorable a sus pretensiones.

Argumenta que el nombrado se ha adjudicado erróneamente, por ser falsa y no poder acreditarla, la calidad de "dueño" de parte del predio objeto de autos, pues la propiedad no le pertenece ni le corresponde, "su pretensio derecho no sólo es negado por la Comunidad sino que es litigioso, negado por inhábil para transmitir derecho e incluso falsificado el instrumento en el pretende apoyar su pretensión".

Señala que el derecho a la propiedad contemplado en la Constitución Nacional (art. 17) incluye la propiedad comunitaria indígena y, en cuanto al derecho a la igualdad, considera que debe ser entendida como un trato diferencial, que incluya una cosmovisión, una cultura y una espiritualidad diferentes, a lo que suma que la igualdad real fue aplicada a los pueblos indígenas por este Superior Tribunal en el caso "CODECI", donde se dejó atrás el principio de igualdad formal, que postula el impugnante.

Por otra parte, afirma que no existió un despojo violento y que la comunidad no recuperó el territorio, ya que nunca lo perdió. **Aduce que la ocupación tradicional se reputa siempre vigente porque lo que se valora es el vínculo de la comunidad con su territorio. Alega que la posesión indígena (ocupación tradicional) no es equiparable a la posesión contemplada en el código civil y en el caso fue constatada por el INAI, a lo que suma que el**

reconocimiento constitucional de la propiedad comunitaria es operativo y vigente.

Cuestiona la afirmación de que las tierras habrían sido enajenadas por su titular registral, en tanto el único titular de la tierra es la Comunidad Buenuleo, que nunca enajenó ni podría hacerlo por prohibición constitucional, y explica que esa comunidad ejerce la posesión tradicional sobre su territorio ancestral desde fines del siglo XIX.

Trae a colación una sentencia firme del Juez Federal subrogante de San Carlos de Bariloche Gustavo Zapata, del 13 de abril de 2021, incorporada en la audiencia del 10 de agosto de ese año ante el Juez de Revisión, donde se condenó al INAI a mensurar el territorio de la comunidad y ejecutar los actos tendientes a la instrumentación de la propiedad comunitaria.

En relación con la supuesta utilización de violencia, la defensa dice que "la violencia va del querellante hacia la comunidad y no al revés", y cita causas penales en trámite contra personas que serían allegadas al señor Friederich y que habrían ejercido actos de violencia hacia miembros de la comunidad.

Plantea la irrelevancia de la referencia que efectúa el querellante en cuanto a que uno de los imputados no sería rionegrino (Mauro Millán), que además entiende agravante, en tanto destaca que se trata de una autoridad mapuche (Lonko) que trasciende su comunidad ("Pillán Mahuiza", cercana a la localidad chubutense de Corcovado) y se proyecta a todo el territorio mapuche. Añade que concurría al lugar para practicar ceremonias religiosas y que en un sector del predio del conflicto se ubica el Rewe de la Comunidad, donde están las fuerzas espirituales y suelen realizarse ceremonias, que son prácticas especialmente protegidas por la normativa internacional.

Concluye que en la impugnación extraordinaria no hay ninguna base para rebatir la postura del TI, pues se citan normas pero no se refutan los argumentos de la sentencia.

Dedica luego algunas consideraciones al alcance que tuvo -y que no tuvo- la sentencia de la Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal, incorporada por la parte querellante, que anuló la resolución 90/20 del INAI, decisión que al momento de presentar su escrito, según alega, no se encontraba firme. Se expone además sobre el contenido de los informes de los relevamientos y constataciones que dieron lugar a esa resolución, destacando que el TI

expresó que "no está controvertida la existencia de la Comunidad Buenuleo y la existencia del abordaje institucional entre los años 2010/2011".

Tilda de inválida, ilógica e irrazonable la interpretación de la Ley 23302 que efectúa el querellante, norma aquella de 1985 que debe ser integrada con la Constitución Nacional, el Convenio 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Sostiene que se está ante un conflicto territorial producto de la demora estatal en resolver la cuestión territorial de las comunidades originarias, que no puede ser encuadrado en un delito común, y agrega que la ocupación tradicional o posesión indígena "no se mide ni evalúa por el transcurso del tiempo ni por el ejercicio de actos posesorios como en el derecho civil". Cita jurisprudencia en tal sentido y concluye que la ocupación tradicional excluye la ilicitud del tipo penal en tanto elimina el elemento objetivo del tipo "ajenidad".

Concuerda entonces con lo resuelto por el TI y reafirma que el derecho penal es la última ratio y que los eventuales reclamos deben sustanciarse por las vías correspondientes.

2.2. Por su parte, el letrado Ezequiel Palavecino (en representación de Ramiro Buenuleo, Sandra Ferman y Claudio Raile) considera que la impugnación debe ser rechazada, por considerar que ninguno de los agravios constituye una crítica razonada del fallo del TI, sino que constituyen una mera disconformidad con lo resuelto.

En cuanto a la alegada violación del acceso a la justicia y del derecho a ser oído, la defensa expone que el querellante ha utilizado vías idóneas y ha atravesado todas las instancias judiciales hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de que tampoco ha indicado en qué se le ha obstaculizado. Añade que ha tenido oportunidad de expresarse en cada audiencia y ha participado en el proceso.

Cuestiona la invocación de las Reglas de Brasilia, que también protegen, entre otros grupos, a las comunidades indígenas.

Respecto de la alegada aplicación errónea de la ley de fondo, no advierte que el recurrente analice el fallo a la luz de esa normativa, en tanto nada dice concretamente sobre qué no se aplicó o se malinterpretó. Así, afirma que se alega arbitrariedad frente a una contrariedad a lo que desea que se resuelva, mas no existe una crítica fundada.

Se opone a diversos argumentos de la impugnación extraordinaria y aduce que la

nulidad de lo resuelto por el INAI no se encuentra firme y que, de todos modos, la existencia y posesión ancestral de la comunidad Buenuleo en el territorio no ha logrado desvirtuarse a pesar de todos los verdaderos obstáculos que ha tenido.

Aduce que no es cierto lo alegado por el querellante en cuanto a que hubo un negocio jurídico mediante el cual el titular dominial le transfirió algún derecho, además de que en el legajo no se encuentra ninguna constancia de ello.

Estima finalmente que en el caso no ha habido ni se ha demostrado error en la aplicación de la normativa internacional o del ordenamiento interno, ni advierte errores en la lógica de la sentencia, solamente la incomprensión plasmada en la impugnación presentada respecto de lo que es la posesión ancestral de un territorio comunitario y el desconocimiento del derecho indígena, además de la disconformidad con lo decidido por el TI.

3. Alegatos en la audiencia

3.1. El letrado Kosovsky advierte al inicio haber recibido una breve comunicación del INAI vinculada con la causa, por lo que solicita autorización para enviarla a la Oficina Judicial con el fin de que la haga llegar a las partes. La querellante se opone, por no corresponder y ser extemporánea. Por Presidencia se aclara que la instancia ha sido convocada para debatir el recurso de la parte querellante y que si la defensa quiere manifestar lo que dice esa nota en el marco de sus alegatos no habría inconveniente, sin perjuicio de que, de haber otros requerimientos, se resolverán.

3.2. El letrado patrocinante de la querella comienza su alocución destacando que el delito de usurpación es un delito común, que la comunidad ingresó por vías de hecho y que un año después, con una resolución del INAI, pretendió justificar esa toma, esa usurpación. Señala que no se le garantizó la tutela judicial efectiva, lo que vincula con su derecho a la propiedad privada, y refiere que la legislación aplicable -Ley 23302- contempla que debe existir una ley del Congreso y una expropiación, mecanismos que no se han utilizado.

Sostiene que la Resolución N° 90/20 del INAI, que trató de justificar las vías de hecho, fue anulada por la Cámara Federal porque no se le dio participación a su defendido.

Por ello entiende que el TI se equivocó al decir que esto no es una cuestión penal.

Agrega que se ha violentado la igualdad ante la ley, consagrada en el art. 16 de la

Constitución Nacional, y que pareciera que ser declarado pueblo originario transforma a una persona en una especie de "súper ciudadano", por arriba del ciudadano común, y no es así. Afirma que no hay agravio, en tanto la Resolución 90/20 ya no existe, y que el INAI ha recurrido en recurso extraordinario, que fue rechazado, a lo que suma que el delito se cometió antes, por lo que una resolución administrativa no puede ser retroactiva. Cuestiona así que el TI haya tomado los fundamentos de esa resolución, cuando era nula de nulidad absoluta.

Alega que no se ha podido probar la ocupación territorial tradicional y se pregunta para qué la comunidad reconoce que recuperan las tierras; indica entonces que eso quiere decir que fueron por vías de hecho, que no había posesión. Menciona que en 1943 las tierras fueron entregadas a Buenuleo, pasaron a ser primero de Parques Nacionales, luego se otorgaron a Provincia y luego esta las cedió al Municipio, que creó los Barrios Pilar I y Pilar II, sobre tierras privadas.

Explica que como comunidad deben reclamar sus derechos por vías legales.

Descarta también el argumento referido a que la comunidad tiene una sentencia para mensurar el territorio, ya que debe cumplirse con la Ley 23302, y estima que por eso el TI no armonizó esta ley, que es facultad del Congreso de la Nación.

Afirma que en la sentencia hay un error de interpretación, en tanto el único que ejercía sus derechos era la víctima, tenía papeles que presentó ante la Justicia y no le fueron cuestionados y tenía además la posesión material y efectiva de la tierra.

Sostiene que el TI ha convalidado las vías de hecho, les está diciendo a las comunidades que vayan y tomen, lo que no está permitido en ninguna norma legal ni internacional. Por ello agrega que la sentencia tiene la opinión personal de los jueces, pero no tiene fundamento de índole legal y jurídica.

Critica que el TI hable de armonizar y aluda a cuestiones que no eran parte de la discusión, y reitera que se trata de un delito común, de vías de hecho, por lo que, las haga quien las haga, se trata de derecho penal.

Reitera la normativa que entiende aplicable e insiste en que son arbitrarios los razonamientos del TI para descartar los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Afirma que

hubo vías de hecho y que la intención precisa de desposeer a Friedrich estuvo presente en el año 2019. Cuestiona en este punto que la Fiscalía haya avalado las vías de hecho y critica la referencia a un elemento negativo del tipo de usurpación, por la pertenencia a una comunidad, en tanto legislar no es atribución del TI.

Menciona la participación de uno de los imputados como Lonco, que no pertenecía a la comunidad y finalmente solicita que se haga lugar a la impugnación, se anule el fallo y se dicte uno nuevo que defienda los derechos constitucionales y la paz social.

3.3. El letrado Palavecino refiere que se trata de una comunidad reconocida como tal y menciona las actuaciones administrativas correspondientes.

Afirma que no hay una conducta típica, pasible de reproche penal, y destaca la desestimación de la persecución penal por parte del Jefe de los Fiscales y el sobreseimiento dictado por el TI, de modo que considera que la parte querellante expresa una mera discrepancia con la interpretación normativa.

Coincide con el TI en que la vía penal es la última ratio y en que no existe tipicidad, y explica que el derecho indígena tiene que ver con una reafirmación de derechos, que es simplemente que la comunidad esté en el espacio territorial ancestral y allí realice sus actividades culturales con protección específica para un pueblo que ha sido históricamente vulnerado.

Entiende asimismo que la judicatura tiene como deber la pacificación.

Refiere que el encuadre no es aplicable porque hay una colisión normativa de carácter supranacional y no se le puede atribuir una conducta que no está tipificada ni tampoco es clara; independientemente de la cuestión cultural, prosigue, no se le puede exigir una conducta superior a la que le provee el estado. Alega que es atípico por la conducta, por la persona que lo lleva adelante y porque no se dan los requisitos formales que establece el código, ni tampoco por el hecho tal cual lo describe la querella.

Alude a otras actuaciones penales donde el abogado de la parte querellante tiene el rol de defensor y donde habría alegado que el derecho penal es la última ratio, y para finalizar pide que se confirme la sentencia del TI.

3.4. El letrado Kosovsky inicia su alegato mencionando que en esta causa se ventila no

un caso más de usurpación, sino cuál es la política de estado que van a tener la Provincia de Río Negro y la República Argentina en materia de respeto o no de los pueblos indígenas en relación con brindar paz, seguridad jurídica e integridad a los miembros de estos pueblos y sus comunidades.

Menciona la sentencia en la causa "Lhaka Honhat" dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de nuestro país, en febrero de 2020, por violación del derecho a la propiedad comunal. Alega que ese fallo es desconocido por la parte querellante, como también la jurisprudencia de este Superior Tribunal en los precedentes "CODECI" y "Martínez Pérez". Trae a colación la normativa constitucional provincial (art 42) y legal (Ley 2287) y señala que la querella no la pone en crisis pero sí cuestiona la pirámide jurídica, al plantear que una ley dictada bajo el paradigma de la asimilación de los pueblos indígenas (Ley 23302) debería regir el procedimiento, dejando de lado el Convenio 169 OIT y el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Señala que el abogado de la querella y muchos jueces confunden el derecho constitucional y el derecho público de los pueblos indígenas con las reglas del derecho civil. Otro error al analizar el elemento normativo del tipo, añade, es valorar el concepto de ajenidad desde el derecho civil, pues debe integrarse la normativa constitucional y suprallegal en lo que se ha dado en llamar tipicidad conglobante, que considera todo el ordenamiento jurídico. Cuando en la Constitución una conducta está no solo permitida sino fomentada y promovida, se trata de una conducta atípica. Alude a lo que incluye el territorio indígena, según el precedente "**Martínez Pérez con Palma**", es decir, no solo las tierras desde el punto de vista físico, sino además todas las relaciones que conllevan con los pueblos, es decir, lo cultural y lo espiritual, extremos que han sido verificados en este caso por el CODECI.

Coincide con el TI **en que debe considerarse el hecho de la posesión comunitaria, la ocupación territorial, por lo que están ejerciendo el derecho propio a estar en su territorio, al cual pertenecen. Insiste en que no ejercen una relación de dueño, sino una relación de pertenencia con el territorio, que es una noción de derecho político y derecho constitucional de los pueblos indígenas, por lo que considera que la pretensión de 2. la querella es discriminatoria, pues pretende aplicar el derecho común, civil, cuando la identidad de la**

comunidad y su vínculo con el territorio están reconocidos como tales por todas las partes del conflicto. Critica que se argumente que los derechos no son operativos y se cuestionen las facultades del INAI, a lo que suma la mención de un fallo de la Justicia Federal con sede en San Carlos de Bariloche vinculado con esta comunidad.

Afirma que el discurso de la "pacificación" y la colonización hoy no tiene lugar, enfatiza la especialidad de este tipo de casos y hace referencia a las Reglas de Brasilia, por lo que debe tenerse una mirada respetuosa de los derechos humanos.

Por otra parte, aclara que está controvertido que Friedrich tenga la propiedad sobre la tierra, porque hay un juicio de escrituración donde se imputa la falsedad de las firmas de quienes intervinieron y se desconoce la legitimación de cualquier persona para enajenar tierras de la comunidad. Alude además a una causa penal de esta contra el querellante donde fue sobreseído, pero destaca que el hecho de la posesión comunitaria y el ánimo de pertenecer a un territorio siempre fueron congruentes.

Hace referencia a los hechos posesorios y los relevamientos realizados y afirma que, a lo que la querrela denomina "vías de hecho", en la doctrina constitucional y de derechos humanos se denomina "ocupación tradicional" o "posesión comunitaria indígena", distinción que le parece importante que se aclare.

Señala que no deberían criminalizarse estos casos, que es un dispendio jurisdiccional innecesario, y que la gran mayoría de estos conflictos no tendrían lugar si los poderes ejecutivos y legislativos hubieran cumplido los derechos reconocidos desde 1994. Alude a la normativa constitucional y del Convenio 169 OIT. También alude a causas rionegrinas anteriores que considera ejemplares donde se aplicó el mismo criterio que se propugnó en esta causa en cuanto a la atipicidad. Refiere que en ninguna se llegó a juicio (sea por aplicación de la teoría estratificada, por el error de tipo, por tipicidad conglobante, por inculpabilidad), cuando se verificaba que se trataba de una comunidad indígena y surgía que había ocupación tradicional y la convicción del imputado de pertenecer a ese territorio y de ser parte del pueblo mapuche.

Alude a los componentes del trabajo que lleva adelante el Estado para reconocer a los pueblos indígenas: el catastral, el jurídico y el informe histórico-antropológico. Destaca que

en el caso de Buenuleo, en este último se señaló que el territorio de la comunidad se superpone íntegramente con el lugar que pretende el querellante y que la forma de ocupación de ese espacio ha sido continuada y se ha mantenido a lo largo del tiempo. Trae a colación la comunicación que le llegó del INAI, donde se hace saber que se encuentra en trámite el recurso de queja que planteó ese instituto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la anulación de su resolución, y señala que allí se destaca que en la sentencia anulatoria se rescata que no están controvertidos la existencia de la Comunidad Buenuleo ni el abordaje institucional llevado adelante entre los años 2010 y 2011. Lee textualmente esa comunicación, donde además se informa que se reabrieron las actuaciones para dar traslado al querellante y que ese instituto se encuentra abocado al cumplimiento de la sentencia del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche.

Por otra parte, alega que en la audiencia ante el TI la defensa había impugnado el rechazo -por parte del Juez de Garantías y luego por el de Revisión- del planteo sobre caducidad de instancia por agotamiento de los plazos previstos en el Código Procesal Penal, causal que no fue tratada por el TI por considerarlo innecesario. Es por ello que, para el supuesto de no confirmarse la sentencia, deja planteado que deberá remitirse para que el TI se pronuncie sobre esta cuestión, que ha quedado pendiente de resolución.

3.5. El abogado de la parte querellante pide la palabra y aclara que el letrado Kosovsky faltó a la verdad en tanto no mencionó que en la sentencia del Juzgado Federal dice que tiene que hacerse el relevamiento siempre y cuando no sea sobre propiedad privada. Por otra parte, sobre la nota remitida por la doctora Magdalena Odarda, manifiesta que le parece casualidad haberla visto en el café escribiendo con su computadora junto a su hijo en el cuarto intermedio. Reitera que la nulidad absoluta de la resolución del INAI es para todos los actos jurídicos, por lo que considera que los relevamientos no están vigentes.

3.6. El letrado Kosovsky contesta que la sentencia no habla de si las tierras son públicas o privadas. En cuanto a la comunicación, aclara que le llegó a él a las 10:04, al inicio de la audiencia, por lo que no puede haberse escrito durante el cuarto intermedio, y le pareció importante ponerlo en conocimiento apenas le hubo llegado.

3.7. A su turno, el señor Friedrich manifiesta que él y otras personas le compraron

directa o indirectamente a don Antonio Buenuleo, que era propietario del lote 127, y nunca en ese tiempo supieron de la existencia de una comunidad. Cuando compraron hicieron las averiguaciones pertinentes, lo que está asentado en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Río Negro.

3.8. Por último, el señor Ramiro Abelardo Andrés Buenuleo solicita que se aplique el derecho de los pueblos originarios, manifiesta que nunca dejaron su territorio y siempre lo ocuparon tradicionalmente y que el señor Friedrich jamás estuvo en el lugar. Agrega que, si bien se habla de propiedad privada de Antonio Buenuleo, esa propiedad jamás le fue otorgada, él no era el propietario y que como comunidad siempre tuvieron la posesión de su territorio y nunca se fueron.

4. Solución del caso

4.1. Tal como surge de la reseña de antecedentes, la parte querellante viene recurriendo una sentencia del TI que sobreseyó a quienes, según alega, habrían usurpado un inmueble de su propiedad.

Resulta pertinente recordar que, según los cargos formulados, "[s]e atribuyó a los imputados, Sres. Ramiro Abelardo Andrés Buenuleo, Sandra Noemí Ferman, Claudio Javier Raile, Nahuel Aucan Maliqueo, Nicolás Antonio Quijada, Lucas Emanuel Dinamarca, Rosa Mabel Buenuleo y Mauro Egor Millan, el siguiente hecho:

"Ocurrido el 10 de septiembre del 2019, entre la hs 7:30 AM, esa fue la hora exacta en la que el Sr. Ramiro Abelardo, Andrés Buenuleo fue avistado por el cuidador del campo de Friedrich, el Sr. Alejandro Vera. Fue avistado cuando Buenuleo a bordo de un rodado se dirigía en dirección hacia el lugar dentro de las 90 hectáreas donde está la vivienda (vivienda construida por Friedrich y sus socios), y donde tenía como cuidador justamente al Sr. Vera. Entre esa hora y la hora 10:30 AM del mismo día, que es el horario exacto que los coimputados consumaron este despojo, esto ocurrió en esta ciudad en el interior del Lote Pastoril 127 de la Colonia Nahuel Huapi, son 92 hectáreas cuya denominación catastral es 19C7SPM510P144, conocido también como 'Pampa de Buenuleo' -con denominación provisoria P8004- que es la denominación que obtuvieron en la Municipalidad para hacer todos los trámites que hicieron desde el 2009 en adelante. El lugar exacto en donde se

comete el despojo es una vivienda que está dentro de ese predio, y el despojo lo hicieron pegado a esa vivienda justo en frente de la vivienda que poseía hasta ese momento legalmente Friedrich y Victor Sanchez junto con sus empleados. En esta circunstancia de tiempo, modo y lugar los coimputados Sandra Noemí Ferman, Claudio Javier Raile, Nahuel Aucan Maliqueo, Nicolás Antonio Quijada, Lucas Emanuel Dinamarca, Rosa Mabel Buenuleo y Mauro Egor Millán, ellos aprovecharon la ausencia de los cuidadores, (los cuidadores si bien cuidan la vivienda, no están las 24 hs. por una cuestión de que estamos en pleno invierno, duermen en sus viviendas que quedan un poco más abajo, pero las cuidan y las poseen y van todos los días a trabajar), aprovecharon el horario que acabo de indicar donde no había nadie cuidando este inmueble e ingresaron por senderos, picadas, caminos transversales, o sea no por el camino que usualmente está destinado a llegar a ese lugar utilizado para el tránsito habitual. La finalidad de los coimputados fue introducirse a resguardo de los cuidadores, en este caso los hermanos Vera, uno de ellos, Alejandro Vera que fue el que lo vio pasar a Ramiro Abelardo Andrés Buenuleo a bordo de una camioneta F100 DOMINIO XCL437 por la ruta principal, solamente a él en dirección a la casa, mientras que el resto de los consortes de causa ingresaron por las picadas transversales. Concretamente la totalidad de los imputados actuaron todos de acuerdo para ingresar, invadir el inmueble, plantaron en el interior unas banderas, realizaron una ceremonia espiritual, prendieron fuego y se instalaron en frente de este domicilio de Friedrich y Sanchez manteniéndose hasta el día de la fecha, de esa manera materializaron el despojo. Luego de que los imputados ya se habían instalado, el cuidador Vera luego de haber visto pasar por en frente de su casa a Ramiro Buenuleo, se dirigió al inmueble a ver que había pasado y antes de llegar al lugar exacto se cruzó con Nahuel Aucan Maliqueo quien lo interceptó y le dijo «no sigas avanzando porque arriba tomamos todo». Los coimputados se negaron a irse ante el reclamo de Friedrich y allí es donde también se materializa la clandestinidad cometida por 8 personas porque no le dejaron opción al poseedor o a su cuidador" (transcripción conforme consta en la Se. 157/20 del TI, dictada el 22/09/20 en el presente legajo).

4.2. De modo preliminar, corresponde señalar que no se desconoce la complejidad de la situación traída a consideración de este Superior Tribunal de Justicia ni la normativa

constitucional, supralegal y legal implicada, que involucra no solo los derechos alegados por quien se considera víctima, sino también los que fueron invocados por las defensas a favor de quienes integran comunidades indígenas.

También es conveniente recordar que las actuaciones se encuentran en una etapa procesal tan prematura que ni siquiera se ha llevado a cabo aún la audiencia para el control de la acusación. Esto impide, obviamente, efectuar valoraciones sobre las circunstancias fácticas, en tanto es en la amplitud del debate que eventualmente pueda celebrarse donde se producirán y analizarán las evidencias aportadas por las partes, en las que estas sustentan sus respectivas teorías del caso, por lo que tampoco resulta prudente ni oportuno adelantar aquí consideraciones al respecto.

4.3. Circunscribiendo entonces el análisis a lo que sí corresponde decidir, en cuanto a la alegada arbitrariedad en el razonamiento del TI que tuvo como consecuencia haber desechado la aplicabilidad de la ley penal al caso, en esta vía extraordinaria se repasarán los fundamentos de la sentencia, así como también, posteriormente, los lineamientos jurídico-penales que según la doctrina legal rigen en relación con el tipo penal que se viene discutiendo (delito de usurpación, cf. art. 181 inc. 1 CP), respecto del cual el TI ha efectuado una particular interpretación.

Como se desarrollará seguidamente, el TI estimó que en el caso la conducta atribuida era atípica, conclusión que cimentó -desde la dimensión objetiva y subjetiva- en afirmaciones sobre el ejercicio de un derecho que los denunciados tendrían sobre un territorio que, al momento de los hechos, correspondía entender que ya era ocupado de manera tradicional por su comunidad mapuche.

Luego de una reseña de antecedentes, al abocarse al tratamiento de la solución del caso (punto 4.5), el TI hizo referencia a una circunstancia traída por la parte querellante como hecho nuevo: la sentencia de la Sala IV de la Cámara Contencioso-Administrativa Federal que anuló la Resolución N° 90/20 del INAI. Cabe aclarar que los fundamentos de esta resolución habían sido considerados por las defensas y que tal petición contó con la conformidad del Ministerio Público Fiscal, para solicitar unos y adherir otros al sobreseimiento por atipicidad. Nos referiremos a ello más adelante, sin perjuicio de destacar, en lo que aquí interesa, que en

dicho acto administrativo se afirmaba la ocupación tradicional por parte de la Comunidad Buenuelo en los territorios que incluían el lote objeto de este juicio.

La argumentación del TI incluyó la referencia a esa sentencia anulatoria, adelantando cuál sería su decisión, al sostener: "La sentencia del 9/11/2021 que declara la nulidad de la Resolución 90/20 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), en nada altera nuestra conclusión de que la acción penal pretendida es atípica porque no se puede criminalizar una conducta que está en pleno proceso de armonía con los derechos reconocidos a las partes (imputados y el querellante).

"El tema del relevamiento con o sin la participación del particular no puede imponerse a la Comunidad, sin duda alguna el fuero civil es el encargado de recibir a las partes y determinar los alcances de sus propiedades que de ningún modo se excluyen, como luego damos fundamentos.

"De ningún modo vamos a ingresar en una competencia que no es la nuestra sobre los efectos de los actos administrativos, su presunción de su legitimidad, su validez intrínseca cuestionada a pesar de que queda un camino recursivo o bien la subsanación en sede administrativa siempre a la espera de una sentencia que confirme la Resolución 90/20 del INAI o bien la anule por completo. Esa situación no alterna la motivación de nuestra decisión".

De la transcripción precedente surge una afirmación genérica e imprecisa, ya que no se comprende a qué se refiere el TI cuando expresa que "no se puede criminalizar una conducta que está en pleno proceso de armonía con los derechos reconocidos a las partes". El resto son afirmaciones que carecen de relevancia en relación con el análisis de este legajo, dado que aluden a otros ámbitos de competencia, administrativo y civil.

Agregó luego que el abordaje de los conflictos vinculados con reconocimientos constitucionales sobre la propiedad indígena comunitaria y el derecho a la propiedad privada requiere mejores herramientas, en alusión a las vías civiles, y enfatizó que "este caso desborda al derecho penal. Aquí hay un reconocimiento multicultural de la tierra". Además, mencionó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a que el poder punitivo solo puede ejercerse en la medida estrictamente necesaria.

Se advierte que el fundamento de que el caso desborda al derecho penal no brinda razones suficientes, además de que la sentencia interamericana citada no tiene relación con el presente caso. En esa decisión, adoptada respecto del caso "Usón Ramírez vs. Venezuela" el 20 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuestionó la imposición de la pena de prisión como sanción, por considerarla violatoria de la libertad de expresión en tanto los tipos penales que tutelaban el derecho a la honra no establecían claramente qué conductas implicaban una grave lesión a ese derecho. Es en ese contexto que debe entenderse el párrafo transcrito por el TI que concluye que "... en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro", para luego aclarar, en el siguiente: "La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso" (párrafos 73 y 74). No se advierte que esa argumentación sea útil para el tratamiento de afectaciones al bien jurídico resguardado como las que se investigan en este caso, y menos aún se ha alegado su falta de gravedad ni el TI se ha expresado en tal sentido.

Seguidamente, dicho órgano afirmó que la posesión ancestral tiene protección constitucional y mencionó los caracteres de la propiedad comunitaria, con cita de doctrina en tal sentido, aspecto que no se encuentra controvertido. Sin embargo, desarrolló luego un razonamiento que omite cuestiones que era necesario abordar, por su relevancia jurídicopenal, a la vez que incurrió en contradicciones manifiestas.

En efecto, el TI continuó con su análisis y señaló: "Las 'vías de hecho' (que refieren los colegas de garantías y revisión) no son tales porque el territorio en cuestión está en posesión de la comunidad indígena, según se reconoce en el texto de la Resolución administrativa que empezó el relevamiento en el año 2010 (y llega a esa resolución a partir de, entre otros requisitos, un informe histórico antropológico). La comunidad no podría usurpar por medio de despojo aquello que está en su posesión, reconocido por el propio Estado.

"Ello así, en tanto el texto constitucional alude al 'reconocimiento'. Ese re-conocer significa volver a conocer o conocer de antes. Reconocer, entonces, el derecho de posesión y

propiedad comunitaria de tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas".

Añadió una cita doctrinaria y continuó afirmando que "en la reforma constitucional de 1994 se produjo un cambio de paradigma del reconocimiento histórico a nuestros pueblos indígenas. Ese paradigma nos habla de otra concepción de aplicar el derecho y en especial se vincula el modo de aplicar el derecho penal y procesal penal; '... en lo sustancial, por cuanto de los términos del Convenio (169/OIT) se desprende que la «ocupación tradicional» -haya sido o no reconocida o autorizada- crea derechos y cubre las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas. El derecho, por lo tanto, se debe reconocer aun cuando la posesión no se ejerza en los modos previstos en la legislación común sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas' (Juzgado de Instrucción n° 2, San Carlos de Bariloche en el caso 'Figueirido Dcia Usurpación' expte S.4-07-321).

"Las comunidades indígenas tienen derechos territoriales (como se desprende de las decisiones que tomaron el Estado local y federal), que de ninguna manera colisionan con la propiedad privada".

Como adelantamos, en el tramo transcripto se advierte que el TI ha incurrido en contradicciones y omisiones relevantes pues, si la posesión tradicional no se ejerce de los modos previstos en la legislación común sino en conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas, lo que se corresponde con la afirmación de que por eso no colisiona con la propiedad privada, todo ello implica que podría darse el supuesto de que otras personas ejercieran simultáneamente un vínculo de hecho con esas tierras, como alega la parte querellante. Tal circunstancia posibilitaría, a su vez, la coexistencia con las vías de hecho a las que habían aludido los Jueces de Garantías y de Revisión, por lo que era relevante que el TI abordara el punto y descartara la posibilidad real de su ocurrencia, si su propio razonamiento admitía la coexistencia de posesión tradicional y la posesión de índole civil, en términos de propiedad privada. Como retomaremos más adelante, era ese el aspecto decisivo que debió haber sido considerado para analizar si correspondía o no el encuadre de la conducta reprochada en la normativa penal vigente, por lo que tal omisión resulta relevante y configura un punto central constitutivo de la arbitrariedad de la sentencia.

Como se demostrará, la construcción argumental que el TI erigió a partir de esas

premisas también sería portadora del vicio de la arbitrariedad. Es que, sobre la base de lo anterior, concluyó, por un lado, que no había ninguna cuestión objetiva que permitiera hablar de una usurpación, por no haberse consumado el despojo ni una invasión "en los términos de la formulación de cargos y límites establecidos por el Código Penal"; por otro, estimó que la ocupación tradicional y pública de la Comunidad Buenuleo no estaba cuestionada ni resultaba desconocida. Asimismo, consideró ausente el elemento subjetivo del tipo penal, por observar falta de intención y voluntad en los imputados de despojar al señor Friedrich de sus derechos, sosteniendo incluso que "no quieren privarlo de su propiedad privada", afirmación que luce desprovista de todo sustento en las constancias del legajo que, como ya se aclaró, aún no ha transitado por la etapa procesal que permitiría apuntalar con prueba tal aseveración, en el sentido de que los imputados no conocían que el terreno donde ingresaban -lo que incluye la vivienda allí construida- estaba habitado por personas ajenas a la comunidad.

Pero luego el TI incorporó otros elementos a su argumentación, que incrementan la arbitrariedad de su razonamiento en tanto, por un lado, poca vinculación tienen con un proceso penal como el presente, ya que deslizó consideraciones sobre obligaciones estatales que deberían cumplirse en ámbitos no penales, y, en segundo lugar, desatienden el texto vigente del Código Penal, proponiendo elementos que claramente la norma no contiene. Dice la sentencia que "la presencia en ese lugar de los miembros de la comunidad no obedece a la voluntad de cometer un delito, sino más bien, de ejercer un derecho. Un derecho sobre el cual el Estado lleva mucho tiempo sin regular ni armonizar con otros derechos.

"Aquí analizamos y concluimos que la Comunidad requiere el expreso reconocimiento de sus derechos sin anomia y sin vaivenes administrativos, legales o jurisdiccionales. De acuerdo a los fundamentos que desarrollamos aquí, se derrumban los aspectos objetivos y subjetivos de la figura de la usurpación del modo regulado en el Código Penal.

"Los miembros de la comunidad expresan actos inherentes a quienes poseen y a quienes detentan la tierra en cuestión según su cultura".

Seguidamente, el TI citó doctrina en el sentido de que la administración de justicia es la institución encargada de actualizar todo el ordenamiento jurídico en los casos concretos y debe estar abierta hacia la diversidad cultural, lo que será retomado más adelante. También

agregó citas referidas a cómo debería interpretarse el delito de usurpación (art. 181 CP), considerando la pertenencia a una comunidad indígena como un elemento negativo del tipo. Reiteró e insistió en los lineamientos antes descriptos, con las falencias argumentales ya apuntadas (v.gr., admitió que el elemento material podría no haber sido ejercido por la comunidad, lo que no descarta la ocupación tradicional, sin analizar la relevancia penal de ese extremo, y afirmó aspectos subjetivos sin que hubieran sido probados), para sostener enfática y dogmáticamente la atipicidad en el caso, al concluir que, "[t]eniendo en consideración la concepción de territorio o propiedad ancestral que expresan los imputados como sujetos pertenecientes a un pueblo indígena, según se han autoidentificado; reconocido como tal por la autoridad estatal e incluso, reconocido el vínculo entre ese pueblo o comunidad y las porciones de tierra a las que refiere el conflicto que analiza este caso, no existe posibilidad alguna que la acción enrostrada pudiera satisfacer los extremos de la imputación delictiva. No concurren al caso elementos objetivos ni subjetivos que permitan considerar contraria a derecho la acción de ocupación de las tierras individualizadas en el hecho materia de acusación. Ello así por cuanto las mismas son reconocidas como propias por los imputados y por el Estado argentino; porque entre esas tierras y los integrantes de la comunidad mapuche Lof Che Buenuleo existe un vínculo indisoluble de raíz ancestral. Aquel que constituye la presunción jurídica de la norma constitucional (art. 75 inc.17), pues '... la comunidad podrá haber perdido el elemento material, pero la ocupación tradicional debe reputarse siempre subsistente' (ver CAC,C,F y M -Bariloche, Expte. C-3BA-31-CC2013, sentencia del 16.4.21). "Como consecuencia de ello, no existe posibilidad de intención de despojo que tuviera por víctima al querellante, como tampoco acción dolosa encaminada a ese fin".

Por último, incorporó al análisis el concepto de diversidad cultural a través de una cita de doctrina -que será reproducida para retomar su análisis luego-, sin explayarse sobre su alcance ni su vinculación con el enjuiciamiento penal, al expresar: "La conclusión que se esboza lo es sobre la base de '... tomar en consideración en el nivel de la tipicidad a las situaciones de diversidad cultural como supuesto de ausencia de tipicidad, dejando asentado que dicha interpretación debe tomar en cuenta el ámbito cultural en donde se desenvuelve la norma... el primer desafío de los juristas debe ser la construcción de una política criminal

respetuosa de la diversidad cultural, lo que asegurará la vigencia práctica de la garantía de igualdad ante la ley -artículo 16 de la Constitución Nacional-, puesto que si la justicia penal no respeta a quienes responden a un modelo distinto, al tiempo que afirma que un mismo patrón legal no puede regular rígidamente a más de un patrón cultural, dado que en esto reside un modelo de justicia autoritario, por lo menos, ella es una de las manifestaciones más nítidas de una justicia penal que poco respeta la dignidad del hombre' (Víctor Bazán. Boletín Mexicano de derecho comparado – ISSN 2448-4873. 'Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional')".

Cabe destacar que la cita anterior resulta fragmentaria, en tanto llamativamente omite toda mención de un concepto clave para el razonamiento que transcribe, el de "adecuación social", al que alude el autor con expresa referencia al desarrollo que sobre ese aspecto efectúa Nicolás Becerra en una obra también citada en la sentencia impugnada (Nicolás Becerra, Derecho Penal y diversidad cultural. La cuestión indígena, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997).

En efecto, Becerra retoma los aportes de Hans Welzel y explica que "la tipicidad implica 'relevancia social' y, por ello, toda vez que las acciones o conductas analizadas impliquen una perfecta subsunción del caso a la norma, pero, sin embargo, no signifiquen en la vida real una perturbación social comprobada, no deben ser consideradas típicas. Las razones para ello pueden ser numerosas, tradicionalmente la ciencia del derecho penal ha hecho mención a dos, que a su vez han fundado dos elementos -de creación hermenéutica- 'negativos del tipo'. En primer lugar, esta ausencia de relevancia social se puede dar por la magnitud del daño que no llega a representar una verdadera perturbación desde el punto de vista social, nos referimos a los clásicos casos de insignificancia.

"En segundo lugar, se puede dar que las acciones no representen relevancia social por manifestar una contravaloración entre la ley y el contexto social en el cual la norma y el caso se desenvuelven. Este es el supuesto de adecuación social que puede ser verdaderamente útil en la solución judicial de supuestos de diversidad cultural. Se trata, indudablemente, de casos en los cuales la acción supuestamente típica, sin embargo, es aceptada socialmente en el

contexto de una comunidad indígena". Se explica más adelante que "esta interpretación debe tomar en cuenta entonces el ámbito cultural en donde se desenvuelve la norma. En ocasiones, la conducta se adecua a estas palabras de la ley, pero la norma no puede reclamar vigencia en un ámbito en el cual se transforma en una acción que es valorada por el contexto social en el cual se desenvuelve" (págs. 26-27).

La transcripción precedente permite cuestionar la interpretación realizada por el TI en tanto pone en tela de juicio que conductas como la reprochada puedan ser consideradas "socialmente adecuadas". Cabe recordar que los hechos aquí tratados no se han dado en el seno de una comunidad indígena que los avale, sino que los casos como el presente involucran además a personas que alegan buena fe en la adquisición de terrenos y denuncian que fueron despojadas de sus propiedades por miembros de comunidades indígenas que habrían ingresado por vías de hecho. Las acciones atribuidas no lucen insignificantes, lo que descarta también el otro supuesto de referencia. Una vez más, la argumentación del TI se aprecia desprovista de sustento, no solo en las constancias de la causa, sino también en la propia opinión doctrinaria que ha invocado, a la que solo hizo referencia de modo parcial. Por último, a partir de todo lo que se viene exponiendo, ese tribunal concluyó que "el sistema penal no es la vía para canalizar el conflicto planteado en este caso". Agregó consideraciones sobre las regulaciones contempladas en el Código Civil y Comercial así como jurisprudencia del Sistema Interamericano y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculada con los derechos de las comunidades indígenas, cuyos estándares -vale destacar- no resultan controvertidos; algunos de esos precedentes son referidos a partir de la transcripción de tramos de la sentencia anulatoria de la Resolución 90/20 de INAI dictada por la Sala Cuarta de la Cámara Contencioso Administrativa Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en respuesta a la presentación de la parte querellante, decisión cuya falta de firmeza fue reconocida expresamente. Finalizó su análisis con una cita de doctrina relativa a la necesidad de actualización de la legislación a los estándares constitucionales que emergen del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

En conclusión, el análisis de los argumentos de la sentencia permite advertir la arbitrariedad del razonamiento del TI, en tanto incluyó en su desarrollo argumental

afirmaciones genéricas, ya sea por carecer de relevancia en el contexto de estas actuaciones o bien por aludir a aspectos fácticos que no han sido acreditados en tanto, como se mencionó, no se ha desarrollado ningún juicio; a la vez, omitió argumentación decisiva para la solución del caso desde la óptica jurídico-penal y también ha distorsionado el sentido de las opiniones doctrinarias expuestas, al citarlas de modo fragmentado; por último, la sentencia ha incurrido en contradicciones con sus propios argumentos.

4.4. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la arbitrariedad de lo decidido radica, además, en que el TI soslayó toda consideración a la doctrina legal que rige el caso.

En efecto, es preciso recordar que en el precedente STJRNS2 Se. 42/19 "González" (que se encuentra firme pues el 08/07/2021 la CSJN denegó la queja presentada contra la declaración de inadmisibilidad del respectivo recurso extraordinario federal), este Superior Tribunal de Justicia ya ha tenido oportunidad de juzgar situaciones donde se ventilaba, en lo que aquí interesa, la aplicabilidad del delito de usurpación cuando las personas imputadas habían invocado la pertenencia a comunidades indígenas y habían alegado que el accionar cuestionado estaba encaminado a recuperar territorios que anteriormente habían sido ocupados por esas comunidades.

Se efectuó entonces una importante afirmación, que trae luz a la solución de este caso y que fue desconocida por el TI, en el sentido de que lo que el tipo penal protege es el poder de hecho que se venía ejerciendo sobre el inmueble hasta el momento de comisión del delito, sin importar la legitimidad del título de quien lo estuviera ejerciendo. Es más, con cita de doctrina se aclaró que "el delito de usurpación podría ser cometido, por lo tanto, por el propietario contra el simple tenedor".

En esa sentencia se citaron además precedentes de este Cuerpo donde se había expresado: "Esto vale, entonces, para cualquiera que tenga un poder de hecho consolidado sobre el predio: sujeto pasivo del delito puede serlo tanto el titular de dominio como el poseedor o tenedor. Reitero, es presupuesto del delito de usurpación 'la existencia de parte del sujeto pasivo del ejercicio de los derechos de posesión o tenencia sobre un inmueble, en el momento de la consumación del delito, es decir, un poder de hecho consolidado sobre la cosa' (Gallegos, El delito de despojo de la tenencia o de la posesión, pág. 19)" (STJRNS2 Se.

118/10 "Huentelaf" y Se. 6/14 "Hidalgo").

Se sostuvo también que "los imputados en sus declaraciones indagatorias y los abogados defensores en su hipótesis de descargo han expresado que la comunidad indígena a la que aquellos pertenecían había ocupado la tierra en cuestión por lo que, según la normativa que citan (Convenio Nº 169 OIT y Ley 26160), el accionar reprochado tenía amparo normativo.

"Tal argumentación no atiende a la precisa función del art. 181 del Código Penal que califica jurídicamente los hechos ocurridos pues, como ya se expresó, para la comisión del delito de usurpación resulta irrelevante la legitimidad del título por el cual el sujeto pasivo tiene el poder de hecho consolidado sobre el inmueble, que es lo que aquella vendría a poner en entredicho, dado que sanciona los modos violentos o clandestinos por los cuales se pondría fin o dificultaría dicho poder, que -entonces- no encuentran ningún amparo".

A mayor abundamiento, en esos fallos se agregaron consideraciones relevantes vinculadas con la tipicidad, que claramente dependen de las particulares circunstancias que se acrediten en cada caso, en tanto se mencionó que "para dilucidar la temática del error en cuanto al tipo objetivo o sobre alguna causal de justificación, es dable analizar como datos indiciarios que permiten rechazar dicho supuesto: a) la disparidad entre los fines del marco normativo invocado a su favor por los imputados y los que sanciona el art. 181 del Código Penal; b) el reconocimiento fáctico de una conducta mediante la cual lo que se pretende es recuperar una ocupación pasada, poniendo fin -en lógica consecuencia- de modo parcial a otra actual, y c) el modo clandestino del accionar de [los] imputados, donde el ocultamiento del ingreso implica el reconocimiento del derecho del otro a oponerse".

Ninguno de estos lineamientos fue incluido en la fundamentación del TI, lo que suma una causal más de arbitrariedad a las antes expuestas.

En la audiencia se ha escuchado que subyace entre las partes una controversia respecto de los derechos sobre esas tierras, que ambas reclaman para sí, con la consecuente atribución a la contraparte de ajenidad sobre esos territorios. Tanto el querellante como los imputados dicen que al momento de los hechos tenían la propiedad y la posesión sobre ese mismo objeto. Sin embargo, cabe aclarar que en el caso de la comunidad indígena se invoca una posesión

tradicional y ancestral, por lo que se trata de una propiedad de tipo comunitaria (Buenuleo dijo ante este Cuerpo "nunca nos fuimos"), mientras que la parte querellante interpreta su alegado derecho a la propiedad privada y alude a la posesión en términos del derecho civil (él mismo hizo referencia ante este Cuerpo a una compra de un terreno, y la acusación menciona además, entre otros aspectos, una vivienda construida en el lugar, etc.). En el precedente STJRNS1 Se. 42/16 "Martínez Pérez" -mencionado en la audiencia-, este Cuerpo debió resolver un caso donde había, por un lado, una persona que había comprado una parcela pero a la vez "exist[ían] elementos que revela[ban] con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena", ya que se había verificado la persistencia de determinadas prácticas tradicionales que daban cuenta del lazo material y simbólico de los miembros de esa comunidad indígena respecto de esas tierras. Cabe especificar que se trataba de un proceso civil iniciado a partir de un interdicto de recobrar en el que, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se suspendió la ejecución del desalojo cautelar de la comunidad por aplicación de la Ley 26160, ya que lo contrario "impediría el acceso pleno al territorio indígena y a los recursos naturales, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan". Nunca se discutió allí la configuración de un tipo penal y tampoco se adoptó ninguna decisión sobre el fondo.

Asimismo, es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la tensión entre derechos que suscita este tipo de conflictos, que no se resuelven de manera unívoca, ya que "tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana". Destacó que "los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro", ya que "[a] desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

“Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de

particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

"Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas" (caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay". Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 17/06/2005, párrafos 143 y 146 al 149).

Realizadas esas aclaraciones, resulta menester circunscribir el análisis de esta causa que, por ser de naturaleza penal, no recae sobre la especificidad de esos conceptos. En efecto, basta aquí con establecer si hay un sujeto, presunta víctima, que se encontraba ejerciendo una vinculación material y directa con el inmueble del que fue despojado, sea con ánimo de dueño o reconociendo en otro la propiedad; es decir, alcanza con la posesión o la mera tenencia para ser sujeto pasivo del delito de usurpación. Destacamos que el Código Penal en su art. 181 inc. 1° refiere que el despojo, total o parcial, es respecto de "la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él". A ello se agrega que deben cumplirse -y acreditarse- alguna o algunas de las modalidades típicas del despojo, también enunciadas en dicha norma: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad.

4.5. En relación con tales modalidades, y vinculado además con lo expresado en el fallo STJRNS2 Se. 42/19 "González" (ya citado) en cuanto a que los modos violentos o clandestinos no merecen ninguna protección o amparo, es menester destacar que la violencia y, en definitiva, las vías de hecho no pueden justificarse de ningún modo. Así lo ha establecido este Superior Tribunal en un caso donde se había constatado la existencia de vías de hecho, en tanto se trataba de la ocupación de inmuebles -en el contexto del trámite recursivo de un amparo-, donde se sostuvo que "la mala fe o conductas reñidas con los

principios generales del derecho contenidos en la norma del artículo 1071 del Código Civil, no pueden ser tenidas como 'fuentes de derecho' para ninguna persona. (cf STJRNCO: 'PIESCO', SE. 105/12).

"La norma art. 1071 CC- es categórica y suficientemente clara: el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres" (STJRNS4 Se. 151/12 "Oviedo").

De modo similar, y con cita de ese precedente, con posterioridad se ha reiterado que metodologías disvaliosas como la referida, entre otras, no pueden constituirse en fuente de derechos para quien las utiliza (STJRNS4 Se. 59/19 "Municipalidad de Viedma").

Cabe aclarar que la buena fe exigible en el ejercicio de los derechos y la noción de abuso del derecho permanecen indemnes e incluso fortalecidos en el Código Civil y Comercial (arts. 9 y 10), y que en el art. 18 del mismo cuerpo normativo se prescribe: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional" (el subrayado nos pertenece).

A su vez, en el art. 9° de la Ley 26994, de sanción del Código Civil y Comercial, se dispuso que "los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial", atendiendo a la complejidad del tema.

En tanto ha sido mencionada en los alegatos, también corresponde señalar que en la Ley 23302, modificada por la Ley 25799 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, se procuró establecer las bases normativas para asegurar la plena participación de las comunidades indígenas existentes en el país en el proceso socioeconómico y cultural argentino, con respeto por sus propios valores y modalidades; marco general de desarrollo de políticas en el área por el que se previó la implementación de planes destinados a posibilitar

su acceso a la propiedad, el fomento de la actividad agropecuaria, forestal, minera, artesanal o industrial, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

En consecuencia, el reconocimiento que del derecho a la posesión y propiedad comunitaria se efectúa por imperio de la Constitución se ejercerá conforme a la ley que reglamente su ejercicio. La ausencia de la ley no habilita las vías de hecho y tanto menos la pretendida armonización que desde la actividad jurisdiccional pregona el fallo puesto en crisis.

Debe quedar en claro que este Cuerpo no desconoce sino que, por el contrario, adhiere y sostiene la aplicación del derecho penal como última ratio, como también vale recordar que este Superior Tribunal ha reconocido recientemente el valor de la solución temprana, pacífica y consensuada de este tipo de conflictos que involucran a miembros de comunidades indígenas, afirmando precisamente que "[e]s necesario aclarar que el art. 14 del Código Procesal Penal Ley 5020 establece que los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, con el fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.

"Además, se encuentran contempladas como herramientas procesales, y con el objeto de propiciar una mejor solución de los conflictos, las instancias de mediación, más allá de las mesas de diálogo que dispongan las autoridades judiciales y del Poder Ejecutivo con los diferentes actores involucrados" (STJRN Se. 124/21 Ley 5020 "Rocco").

Sin embargo, si esa solución pacífica y consensuada no hubiera sido posible, como ha sucedido en este caso, no caben dudas de que, arribadas las actuaciones a esta instancia extraordinaria, las conductas que suscitaron el conflicto deben ser analizadas en conformidad con lo que el Código Penal Argentino establece para todo habitante del territorio.

4.6. De lo que se viene exponiendo cabe concluir que, al analizar la viabilidad de encuadrar determinada conducta en el delito de usurpación, resulta fundamental tener en consideración que puede resultar sujeto pasivo cualquier persona que tenga y acredite un poder de hecho sobre la cosa (tenencia, posesión); es decir, como ha quedado establecido, para tener por configurado el delito ni siquiera es relevante o necesario que se trate del titular

dominial del bien. Así, podría suceder que, a la inversa de lo que se viene alegando, resulten víctimas los miembros de una comunidad que vea interrumpida su relación directa con la tierra que ocupa de manera ancestral por la irrupción violenta de un grupo de personas ajenas a la comunidad. O incluso también podría resultar víctima un legítimo propietario que viviera en su inmueble y que, en alguna ausencia circunstancial, fuera despojado, como había sucedido en la causa "González" ya referida.

Así también, quien despoja la posesión o la tenencia que otro ejerce es sujeto activo del delito, aun siendo el titular del dominio del inmueble en cuestión.

En cuanto al tipo objetivo, el despojo se configura cuando se priva a alguien de lo que goza y tiene, lo que conlleva una doble exigencia: por un lado la actividad y por otro el resultado. Lo primero, merced a los medios comisivos enunciados en la norma, y lo segundo, dado por la sustitución o subrogación que el sujeto activo efectúa en el ejercicio del poder de hecho sobre el bien.

Todo lo expuesto se reitera y amplía en orden a lo argumentado por parte del Ministerio Público Fiscal -como más adelante se expondrá- y por el TI -como ya fue referido- al entender que el hecho resultó atípico por ausencia de tipo objetivo y subjetivo.

Como puede apreciarse, el derecho legislado actual contempla determinadas exigencias que pueden encontrarse reunidas en un amplio catálogo de conductas susceptibles de resultar sancionadas penalmente. En caso de subsistir y avanzar el conflicto, no corresponde entonces a los jueces regular, a través de sus sentencias, supuestos de excepción no contemplados en la legislación de fondo, en tanto ello sería violatorio de la división de poderes establecida constitucionalmente que, en definitiva, implica el respeto a la soberanía del pueblo, que ha acordado con este diseño constitucional.

A propósito de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado recientemente que el derecho de fondo es "materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional" (cf. CSJN Fallos 344:1952, del 12/08/2021), y que el ejercicio de esa facultad delegada por las provincias "que la Constitución Nacional asigna a la Nación, no puede ser enervado por aquellas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos

de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias" (cf. CSJN Fallos 332:66, citado en el voto del juez Juan Carlos Maqueda en el mismo precedente).

Es el Congreso de la Nación el que representa al pueblo en su conjunto y es en su seno donde se llevan a cabo los debates parlamentarios que plasman los diversos intereses en juego para arribar a textos legales que recojan la voluntad popular acerca del mejor modo de resguardar los derechos involucrados. Es en ese marco que debe garantizarse a las comunidades la participación cuando se traten cuestiones que afecten sus derechos. En este sentido, cabe recordar que "desde hace varias décadas, nuestro país se comprometió con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas que todo el arco político consideró necesaria para contrarrestar los siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos. Así, entre otras cosas, en 1985 se sancionó la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el art. 75 inciso 17, y en el año 2000 se ratificó el Convenio 169 de la OIT.

"No obstante, la decisión debe también dar cabal cumplimiento al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación" (CSJN in re "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia del Neuquén s/acción de incnstitucionalidad", sentencia del 08/04/2021, voto del Juez Rosenkrantz).

No se trata entonces de un incumplimiento de derechos supralegales o convencionales, sino que en esas mismas normas invocadas se establece que son los mecanismos administrativos, legales y judiciales que cada Estado regula las vías adecuadas para su reclamo y pretendida efectividad.

En lo atinente a conductas que pasan por el tamiz del derecho penal, algunos estados

tributarios de las convenciones han legislado sobre algunos institutos tales como la culpabilidad culturalmente condicionada como forma de atender a la diversidad cultural, pero no es el caso argentino. Así, el art. 15 del Código Penal de Perú establece: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad.

Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

Cierto y conocido es que el Convenio 169 OIT otorga derecho a resolver los conflictos internos que se susciten en las comunidades originarias aplicando sus propias normas, con sus procedimientos y ante sus tribunales, "siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (art. 8.2).

También es sabido que existen comunidades que han confiado al sistema formalizado la resolución de sus conflictos.

Si ello es así en la comunidad mapuche, lo cual pareciera darse en virtud de la existencia de denuncias de sus miembros ante los tribunales formales, no podría traerse a consideración la diversidad cultural fincada en la costumbre y las creencias para los conflictos de la naturaleza tratada en autos.

En síntesis, el sistema que avala el Convenio 169 OIT es el de la coexistencia de dos mecanismos punitivos: el formalizado, aplicable en la mayor parte del territorio del Estado y creado por el Parlamento, y el comunitario, que requiere normas de compatibilidad y permite en determinados territorios la aplicación de un derecho penal indígena consuetudinario. Desde esta perspectiva se toma como fuente la costumbre, pero no cualquier costumbre, sino aquella conforme a la Constitución y a las leyes.

De ese modo, retomando las previsiones normativas penales vigentes en nuestro país, la pertenencia a determinados grupos de personas (en el caso, a una comunidad indígena) no es condición adecuada ni suficiente para no aplicar el Código Penal que actualmente rige para todo habitante del territorio.

Establecer situaciones que queden al margen de la ley general no puede ni debe ser admitido y alentado, tanto menos cuando las decisiones desincriminantes como la impugnada

consagran situaciones de impunidad y validan vías de hecho pues, lejos de pacificar cualquier conflicto, tienen el efecto contrario: lo reavivan y extienden.

Sobre este punto, en la argumentación del TI se ha reconocido que la normativa penal vigente no contempla la excepción referida a la regulación de conductas de pueblos indígenas como un elemento negativo del tipo de usurpación, pese a lo cual se resolvió del modo ya referido.

Las razones antes brindadas sobre la división de poderes impiden entonces acoger la solución que propone el TI a través de citas de doctrina, porque excede la competencia asignada constitucionalmente al Poder Judicial y a las provincias.

Contrariamente a lo afirmado en la sentencia impugnada, no son los jueces y juezas quienes deben encargarse de compatibilizar el ordenamiento jurídico; tanto menos -y fundamentalmente- argumentar como lo ha hecho en el párrafo que se transcribe a continuación: “Aquí analizamos y concluimos que la Comunidad requiere el expreso reconocimiento de sus derechos sin anomia y sin vaivenes administrativos, legales o jurisdiccionales. De acuerdo a los fundamentos que desarrollamos aquí, se derrumban los aspectos objetivos y subjetivos de la figura de la usurpación del modo regulado en el Código Penal”.

Paradójicamente es el TI el que instala la anomia y confunde el reconocimiento de un derecho con su ejercicio por vías de hecho, con prescindencia del ordenamiento que establece -justamente- transitar por las vías administrativas, legales y constitucionales. La faena de interpretación armónica del plexo normativo para su aplicación a un caso concreto y hasta la interpretación conforme en clave convencional de una norma infraconstitucional, cuando los derechos que allí se establecen son plenamente operativos, es cuestión bien distinta a pretender desde el estrado suplir aquello que el constituyente primero y el legislador después supeditaron a la sanción de una ley especial, tal como ya se expuso y de acuerdo con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, la ley de aprobación del Código Civil y Comercial en el art. 9 y la propia norma fondal en el art. 18.

4.7. Como se aclaró al inicio del análisis y aquí se reitera, lo expuesto en modo alguno implica desconocer los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas en

relación con los territorios que tradicionalmente han ocupado, plasmados no solo en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17) y Provincial (art. 42), sino también en el resto de la normativa que expresamente vienen invocando los letrados defensores (en particular arts. 26 a 28 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Convenio 169 OIT).

Simplemente se deja en claro que corresponde a otros ámbitos, ajenos al fuero penal del Poder Judicial provincial, el tratamiento de iniciativas legislativas y/o toda tramitación que tienda a hacerlos efectivos, atendiendo a las diversas alternativas que se presenten en cada supuesto, contempladas en esas normas (posesión, ocupación, utilización, adjudicación, restitución, indemnización, etc.).

Según han referido las partes enfrentadas en este conflicto, ya se habrían iniciado diferentes actuaciones, por fuera de este legajo penal, que se encontrarían pendientes o no firmes. Resulta pertinente recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que en los procesos penales como el presente, donde se investiga el despojo "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él" (art. 181 inc. 1° CP), no está en juego el derecho de dominio sobre las tierras, a diferencia de los procesos que paralelamente podrían darse para perseguir "el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena y la delimitación del territorio correspondiente". Descartó además que exista superposición de objetos, "aun cuando las tierras presuntamente usurpadas integren el reclamo de fondo" de estos últimos procesos y agregó que "[e]l eventual reconocimiento del inmueble en cuestión en cabeza de la Comunidad aborígen, permitirá en tal caso el ejercicio de las acciones tendientes a hacer efectivos los derechos emergentes de la sentencia que pudiera dictarse a su favor". Ello es así en tanto "el Programa de Relevamiento Territorial contemplado en ley nacional 26.160, en su decreto reglamentario 1122/2007 y en la resolución 587/2007, tiene por objeto la obtención de información que permita iniciar los procesos de regularización dominial de los territorios indígenas, y propicia que los datos sirvan a los intereses y futuras acciones de las comunidades" (CSJN in re "Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c/ Formosa, provincia de y otros s/ medida cautelar", dictada el 07/04/2015).

4.8. Retomando entonces lo hasta aquí expuesto, se advierte que le asiste razón al

recurrente en cuanto a que la argumentación desarrollada por el TI resulta arbitraria. Ello es así, según quedó demostrado, en la medida en que dicho organismo ha incurrido en contradicciones y en afirmaciones genéricas, carentes de relevancia y sobre aspectos no acreditados, además de citas de doctrina parciales y de jurisprudencia no aplicable, y por cuanto ha omitido argumentos decisivos para la solución del caso, a la vez que ha desconocido los lineamientos que emergen de la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia, antes reseñada, circunstancias todas que descalifican la sentencia como acto jurisdiccional válido (art. 200 C.Prov.).

Cabe señalar, como ha apuntado una de las defensas, que la solución del TI, por su temperamento liberatorio, tampoco trató el restante planteo que había sido sometido a su consideración, vinculado con la caducidad de la instancia.

4.9. Por último, resta agregar algunas consideraciones en relación con la ausencia de univocidad del Ministerio Público Fiscal (art. 215 C.Prov.) a la hora de poner en acto la persecución penal.

Sabido es que las presentes actuaciones han llegado a esta sede por el impulso de la parte querellante, ya que oportunamente la acción pública se convirtió en privada. En la audiencia ante este Cuerpo el letrado de esa parte fue muy crítico hacia la postura adoptada por el Ministerio Público Fiscal, que a su entender avaló las vías de hecho. Obviamente las defensas mostraron su beneplácito al respecto, en tanto la Fiscalía decidió no proseguir con la persecución penal y adherir a la solicitud de sobreseimiento por considerar atípica la conducta. La misma y única conducta desenvuelta en el mismo hecho que dio origen a la formulación de cargos.

De la visualización de los inicios de la audiencia realizada ante el TI el 28 de septiembre de 2021 en el marco del tratamiento de la impugnación ordinaria se desprende que, ante el cuestionamiento de la presencia de la acusación pública por parte de uno de los letrados de la defensa, con fundamento en que el Ministerio Público Fiscal había desistido de la acción el 21 de octubre de 2020, su representante, Fiscal Tomás Soto, explicó que había sido convocado por la Oficina Judicial.

Luego de escuchar a las partes sobre este aspecto, el TI tuvo en cuenta que no estaba

controvertido que el Ministerio Público Fiscal había desistido de la acción penal en cuanto a la persecución contra los imputados, por lo que resolvió que no era necesaria la presencia del nombrado en la audiencia, ya que no podría participar, salvo que decidiera estar presente por un control de legalidad, lo que así hizo. El Fiscal explicó que, si bien se había pedido el sobreseimiento de los imputados por la atipicidad, esa parte no había prestado conformidad en relación con la petición de sobreseimiento por caducidad de los plazos. El Juez del TI que presidía la audiencia aclaró que, aun cuando se trata de dos causales, si es atípico no había por qué contar los plazos.

En lo atinente a los fundamentos por los que esa parte cambió su postura después de haber impulsado la acción, formulado acusación y pedido el desalojo (confirmado en su momento por el TI), la sentencia ahora impugnada hizo la reseña correspondiente a partir de los alegatos del Fiscal Jefe, quien había expuesto en la audiencia del 21 de octubre de 2020 los motivos por los que adhería a la petición de sobreseimiento a favor de los imputados planteada por las defensas por falta de tipicidad de la acción penal, con base en la Resolución N° 90/20 del INAI.

El Fiscal Jefe señaló que "el 21/09/2020 fue el INAI quien dictó una resolución que no podían sino impactar de lleno en el desarrollo de este proceso judicial. Dicha resolución se desprenden algunos puntos muy relevantes para poder interpretar cual es el conflicto: 1) que la comunidad Lof che Buenuleo fue abordada por el equipo técnico operativo entre el 2010 y 2011; 2) que se resolvió iniciar tareas de relevamiento de la comunidad dándose a partir de un expediente determinado con una denominación determinada cuya carátula es 'Relevamiento técnico y jurídico y catastral, Comunidad Lof Che Buenuleo'; 3) que consta incorporado en el mencionado expediente la correspondiente solicitud de relevamiento territorial; 4) que se procedió a la confección de una cartografía geo referenciada con la demarcación de usos internos y perímetro con el que cuenta la superficie; 5) que con el objeto de manifestar la íntima relación de la comunidad con su territorio en cuanto a sus creencias, su historia, su vínculo material y sus vínculos espirituales con la tierra se ordenó la realización de un informe histórico y antropológico; 6) que en función de los argumentos el instituto resolvió dar por concluido el relevamiento técnico y catastral. Así reconoció el

INAI la ocupación actual tradicional y pública de la comunidad con asiento en la provincia de Río Negro respecto de la superficie que sea geo referenciada. ... El reconocimiento de la ocupación pública y tradicional por parte del INAI respecto de los miembros de la comunidad y en relación al mismo terreno que hiciera referencia Friedrich en su denuncia, pone en crisis la tesis inculpativa que el MPF desarrolla o esgrime en relación a los acusados. Los pone en crisis porque se extiende sobre los elementos objetivos del tipo penal del art. 181 porque los acusados mal pueden haber despojado a Friedrich del inmueble en cuestión o del ejercicio de un derecho real, en efecto, tal como lo ha destacado el INAI los acusados mantienen una presencia histórica y tradicional en el predio. ... En relación a los elementos subjetivos tampoco resulta posible en este contexto dar por acreditado el elemento subjetivo del tipo penal. Nos referimos a la intención y conocimiento como extremos presentes en la esfera cognitiva de los acusados de despojar a Friedrich de sus derechos y lesionar el bien jurídico protegido. Descartamos tal intención y conocimiento por parte de los acusados quienes tal cual se desprende de la resolución del INAI vienen ocupando histórica y tradicionalmente del lote. Si ello es así, pues entonces su presencia en el lugar no obedeció a la presencia de estos señores en el lugar, no obedeció a la voluntad de consumar un hecho ilícito, sino más bien a la intención de ejercer actos propios e inherentes de quien posee y detenta la cosa en cuestión. De modo que vamos a acompañar el sobreseimiento peticionado por la defensa" (cf. se plasma en la sentencia del TI del 24/11/2021).

En lo que aquí es necesario resaltar, se advierte además que el Ministerio Público Fiscal, al considerar que los hechos investigados son atípicos, ha soslayado la doctrina legal desarrollada en los puntos precedentes que ha dado tratamiento al ilícito en análisis, y, si bien esta resulta obligatoria para la judicatura y no para el Ministerio Público, al menos debió referirse a ella para sostener su inaplicabilidad al caso. Aledaño a ello, de acuerdo con lo que surge de la transcripción que ha hecho el TI del alegato desinculpativo de la Fiscalía, se observa la ausencia de contundencia y claridad para asumir la determinación de impetrar una decisión que comulga con la naturaleza de una absolución anticipada y que posee un impacto ulterior de ribetes preocupantes para la paz social. Así, ha descartado el tipo objetivo en virtud de la actividad administrativa del INAI y su resolución que, amén de ser posterior a la

conducta endilgada, no era excluyente; en cuanto al tipo subjetivo, arguyó ausencia no ya de voluntad e intención, sino de "conocimiento", lo que implicaba introducirse en la temática del error (sea de tipo o de prohibición), nada de lo cual se extrae de la argumentación del Fiscal Jefe, cuyas alegaciones lucen carentes de rigor jurídico.

Ese error de actividad, que se ha hecho patente en la ausencia actual de acusación pública, defecionando del rol y cometido inicial de la actividad persecutoria, no solo ha afectado los intereses y derechos de la víctima en el proceso, los que debía resguardar (art. 19 Ley Orgánica del Ministerio Público K 4199, art.59 CPP) y respecto de los cuales generó inicialmente una expectativa lógica y cierta de protección, sino que también -como ha quedado evidenciado en los alegatos de las partes ante este Tribunal-, tratándose de una temática que involucra un manifiesto interés público que le corresponde a ese Ministerio custodiar en defensa de la sociedad toda a la cual representa (arts 218 C.Prov. y 16.b y 17.b Ley K 4199) y siendo que se estaba ante un caso que decididamente trasciende el interés de las partes, contribuyó a generar una cuestión rayana en la gravedad institucional.

La objetividad del Ministerio Público Fiscal, la cuota de discrecionalidad que se le reconoce legalmente para disponer de la acción penal pública bajo un régimen reglado y la facultad para proponer la adopción de temperamentos jurisdiccionales desincriminantes, como todo acto de gobierno en un Estado constitucional de derecho republicano y democrático, deben estar fundados en la razonabilidad y en el derecho que rige el caso, so pena de nulidad (art. 59 CPP), cualidades que no contiene la intervención analizada.

Acorde al modo en que se resolverá la cuestión traída a conocimiento y decisión de este Superior Tribunal, dado que la actuación precedentemente descripta constituye una afectación al debido proceso legal generadora de una nulidad absoluta declarable de oficio, corresponderá así declararlo. ASI VOTAMOS.

A la segunda cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini, los señores Jueces Ricardo A. Aparian y Sergio G. Ceci, la señora Jueza M^a Cecilia Criado y el señor Juez Sergio M. Barotto dijeron:

Como corolario de lo considerado al tratar la primera cuestión, cabe admitir los agravios de la parte querellante, en virtud de cuya procedencia la impugnación extraordinaria

habilita a este Tribunal a: 1) anular la Sentencia N° 207 dictada por el Tribunal de Impugnación el día 24 de noviembre de 2021; 2) declarar de oficio la nulidad de la intervención del Ministerio Público Fiscal en la cual adhirió a la solicitud de sobreseimiento sin motivación razonada y legal; 3) reenviar el legajo a la Oficina Judicial de la IIIª Circunscripción Judicial con el fin de dar continuidad a los actos procesales que correspondieren a partir de la audiencia de revisión celebrada los días 6 y 10 de agosto de 2021, y 4) notificar al señor Procurador General en razón de la trascendencia y gravedad de la cuestión que evidencia una clara disfuncionalidad, en desmedro de los principios constitucionales y legales que rigen la actuación del Ministerio Público a su cargo.

En razón de lo expuesto, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE:

Hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por el querellante señor Emilio Friedrich con el patrocinio del letrado Jorge Alejandro Pschunder.

Anular la Sentencia N° 207 dictada por el Tribunal de Impugnación el día 24 de noviembre de 2021.

Declarar de oficio la nulidad de la intervención del Ministerio Público Fiscal en la cual adhirió a la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa (audiencia del 21/10/2020).

Reenviar el legajo a la Oficina Judicial de la IIIª Circunscripción Judicial con el fin de que dé continuidad a los actos procesales que correspondieren a partir de la audiencia de revisión celebrada los días 6 y 10 de agosto de 2021.

Notificar al señor Procurador General en razón de la trascendencia y gravedad de la cuestión que evidencia una clara disfuncionalidad, en desmedro de los principios constitucionales y legales que rigen la actuación del Ministerio Público a su cargo.

Protocolizar y notificar.

Firmado digitalmente por:

APCARIAN Ricardo Alfredo

Fecha y hora:

01.04.2022 08:38:41

Firmado digitalmente por:

BAROTTO Sergio Mario

Fecha y hora:

01.04.2022 08:39:38

Firmado digitalmente por:

CECI Sergio Gustavo

Fecha y hora:

01.04.2022 08:27:04

Firmado digitalmente por:

PICCININI Liliana Laura

Fecha y hora:

01.04.2022 10:39:36

Firmado digitalmente por:

CRIADO María Cecilia

Fecha y hora:

01.04.2022 08:45:58

Dictamen Buscar Dictamen