Registro nro.: 863/26

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 7 días del mes de julio de dos mil veintiséis, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez Guillermo J. Yacobucci como presidente, la jueza Angela E. Ledesma y el juez Alejandro W. Slokar como vocales, asistidos por la secretaria de cámara Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver el recurso interpuesto en la presente causa n° FGR 16149/2022/TO1/31/CFC7 del registro de esta Sala, caratulada: "Colhuan, Betiana Ayelén y otros s/ recurso de casación".

Interviene representando al Ministerio Público Fiscal el fiscal general Raúl O. Pleé; a la querella de la Administración de Parques Nacionales la doctora Natalia Noemí Cardozo; a la querella de María Magdalena Giménez Tournier el doctor Martín Maschwitz. Ejercen las defensas particulares de Betiana Ayelén Colhuan y Juan Pablo Colhuan los doctores Laura Taffetani y Eduardo Néstor Soares; de Matías Daniel Santana, los doctores Gustavo Alberto Franquet y Siro Sebastián Soto; de Martha Luciana Jaramillo, los doctores Laura Taffetani y Gustavo Alberto Franquet; de María Celeste Ardaiz Guenumil, los doctores Gustavo Alberto Franquet y Álvaro Guillermo Augusto Arias Camacho; de Romina Rosas, los doctores Luis Virgilio Sánchez y Laura Taffetani; y de Yéssica Fernanda Bonnefoi, las doctoras Laura Taffetani y Blanca Fabiola Barreiro.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Slokar, Yacobucci y Ledesma.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca, con la actuación unipersonal del juez Alejandro Adrián Silva, en la causa n° FGR 16149/2022/TO01 de su registro, resolvió: "**I.- NO HACER LUGAR** al pedido de sobreseimiento por falta de acción de Betiana Ayelén Colhuan, solicitado por las defensas (art. 361 del C.P.P.N. a contrario sensu); **II.- NO HACER LUGAR** al planteo de extinción de la acción penal por violación de la garantía de doble persecución penal por el mismo hecho ('non bis in idem') solicitado por las defensas; **III.- CONDENAR a BETIANA AYELEN COLHUAN** […] a la pena de **DOS (2) AÑOS Y DOS (2) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de usurpación por despojo, dos hechos en concurso real entre sí (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531, y 533 C.P.P.N., hecho 2 y hecho 3); **IV.- IMPONER a BETIANA AYELEN COLHUAN** por igual término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá

el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de inmueble, y con personal de Parques Nacionales que cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **V.- CONDENAR a MARTHA LUCIANA JARAMILLO** […] a la pena de **DOS (2) AÑOS Y CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de usurpación por despojo, dos hechos en concurso real entre si (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531, y 533 C.P.P.N., hecho 2 y hecho 3); **VI.- IMPONER a MARTHA LUCIANA JARAMILLO** por igual término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de aquél, y con personal de Parques Nacionales que

cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **VII.- CONDENAR a MARIA CELESTE ARDAIZ GUENUMIL** […] a la pena de **UN (1) AÑO DE PRISIÓN EN EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de usurpación por despojo (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531 y 533 C.P.P.N. hecho 3); **VIII.- IMPONER a MARIA CELESTE ARDAIZ GUENUMIL** por el término de dos años el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de aquél, y con personal de Parques Nacionales que cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **IX.- CONDENAR a ROMINA ROSAS** […] a la pena de **DOS (2) AÑOS Y CUATRO (4) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de usurpación por despojo, dos hechos en concurso real entre si (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531, y 533

#40201946#509843903#20260706151536981

C.P.P.N., hecho 2 y hecho 3); **X.- IMPONER a ROMINA ROSAS** por igual término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de aquél, y con personal de Parques Nacionales que cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **XI.- CONDENAR a YESSICA FERNANDA BONNEFOI** […] a la pena de **DOS (2) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de usurpación por despojo, tres hechos en concurso real entre sí (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531, y 533 C.P.P.N., hecho 2, hecho 3 y lote 8); **XII.- IMPONER a YESSICA FERNANDA BONNEFOI**, por igual término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma

trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de aquél, y con personal de Parques Nacionales que cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **XIII.- CONDENAR a MATIAS DANIEL SANTANA** […] a la pena de **DOS (2) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO** [SIC], más las costas del proceso, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de usurpación por despojo, dos hechos en concurso real entre si (arts. 1, 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 181 inc. 1 del C.P., 530, 531, y 533 C.P.P.N., hecho 2 y hecho 3); **XIV.- UNIFICAR** la pena impuesta a **MATIAS DANIEL SANTANA** en la presente con la de UN AÑO de PRISIÓN EN SUSPENSO, en el marco de la causa nro. FGR 4652/2018, caratulada 'SANTANA, MATIAS DANIEL Y OTROS s/ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD' del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche de fecha 03/07/2024, y componiéndola en la **PENA ÚNICA DE TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN SUSPENSO**, más las costas procesales (artículo 55, 58 del Código Penal); **XV.- IMPONER a MATIAS DANIEL SANTANA**, por igual término de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, a saber: 1) fijar residencia e informar cualquier cambio al tribunal; 2) someterse al cuidado y fiscalización de la

Dirección de Control de Ejecución Penal más cercana a su domicilio en forma trimestral; 3) realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de institución de bien público, la que se determinará una vez firme la presente y se establecerá el modo y los horarios; y 4) la prohibición de acercamiento a una distancia prudencial al predio denominado 'La Escondida', así como la prohibición de todo tipo de contacto o acercamiento con los propietarios de dicho inmueble (Juan Fergus Grehan y Magdalena Giménez Tournier) o con cualquier otra persona que se encuentre dentro de aquél, y con personal de Parques Nacionales que cumplen funciones en la zona de Villa Mascardi (art. 27 bis del Código Penal); **[…] XVII.- NO HACER LUGAR** a la solicitud del Ministerio Público Fiscal y la querella de la Administración de Parques Nacionales sobre la remoción de la talla antropomorfa y la entrega a la Administración de Parques Nacionales del espacio circundante, debiendo estar las resultas del incidente nro. 32 caratulado 'COLHUAN, BETIANA AYELÉN Y OTROS s/INCIDENTE DE REPOSICION' (FGR N° 16149/2022/32) en trámite ante el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche, magistratura competente en resolver la cuestión (art. 524 C.P.P.N.)…".

Contra ese pronunciamiento las asistencias conjuntas de los encausados interpusieron recursos de casación, que fueron concedidos y, luego, mantenidos en esta instancia.

2°) Que, en tanto los recurrentes han presentado idénticas piezas impugnaticias, sus agravios serán detallados -y luego abordados- de forma conjunta.

Así, se advierte que encarrilaron sus remedios en ambos supuestos del art. 456 del código de rito.

En primer lugar, se agraviaron del rechazo del planteo de sobreseimiento conforme la legislación penal para menores de edad respecto de la encausada Betiana Ayelén Colhuan.

Al respecto, sostuvieron que correspondía la aplicación del procedimiento previsto en la Ley 22.278 en el entendimiento de que: "la acción típica (el despojo) se produjo en el año 2017 o incluso a principios de 2018, cuando Betiana Colhuan […] era menor de edad".

Por otra parte, manifestaron que se violó el principio *non bis in ídem* puesto que no se demostró los cuál es el acto concreto de despojo y que sólo se hace referencia a "la usurpación originada en el año 2017, juzgada en la causa FGR 26.511/2017".

En ese sentido, destacaron que: "el *a-quo*, acatando la tesis de los acusadores, subsume el `Hecho 2´, `Hecho 3´ y `Nuevo Hecho´ como una consecuencia del `Hecho 1´ que no menciona, pero que referencia como la ocupación inicial del año 2017 por la cual los miembros de la Comunidad Winkul Lafken Mapu fueron juzgados en la causa 26511/2017".

A más, agregaron que: "En la Sentencia en crisis ni siquiera se identifica claramente la consumación de la acción típica de despojo. Es decir, quién de los imputados usurpó cuál terreno, cuándo, cómo, en qué circunstancias… Este déficit en la prueba pretende ser suplido con la invocación de dos hechos que no fueron juzgados en esta causa: uno supuestamente acaecido el 25/09/2022 (y

descartada la responsabilidad de nuestros defendidos con la falta de mérito dictada hace casi 3 años) y otro el 10/11/2017 (que resultó en la detención de algunas de estas personas y de otras por el supuesto despojo de un predio de Parques Nacionales que nunca pudo ser desalojado)"

Así, adujeron que: "Están dadas, entonces, las tres identidades que conducen a la aplicación del *non bis in idem* en beneficio de las señoras Rosas, Jaramillo y Bonefoi" y que: "Estas puntualizaciones se aplican también, por supuesto, respecto del señor Santana y la señora Ardaiz Güenumil, pero con una salvedad: con ellos no procedería el *non bis in idem*, pero fue probado a lo largo de las audiencias que ellos ingresaron muy posteriormente a las esgrimidas fechas tentativas de los supuestos despojos (y no siempre permanecieron ni tuvieron ánimo de permanecer en el territorio en cuestión)".

En otro orden, criticaron la valoración probatoria, y sostuvieron que no existe un solo testigo que identifique a los encausados realizando la acción típica, ni ninguna otra conducta violenta, aunado a que –según su entender- no se justipreciaron las pruebas producidas por las defensas.

En ese sentido, indicaron que del testimonio de Damián Horacio Mujica, Intendente de Parques Nacionales, surge que tal dependencia no ejercía la posesión del predio desde noviembre de 2017.

También se criticó la falta de perspectiva que demanda un caso como el presente donde se encuentra involucrada una comunidad indígena, y adujeron que la prueba que se desoyó es aquella que: "brindaba elementos

suficientes para analizar la posesión bajo los estándares que corresponde al presente caso, donde se encuentran acusados miembros de una comunidad mapuche, considerando además que el delito en cuestión posee una faz subjetiva que fue arbitrariamente soslayada por el juzgador de grado".

Particularmente, señalaron la importancia de distinguir entre los conceptos de "tierras" del de "territorio" de cara a la noción de "posesión tradicional" y como ello no fue receptado a pesar de que, según su criterio, tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y el art. 75 inc. 17 CN resultan ser el abono normativo de sus postulados.

De ello, desprenden un postulado de atipicidad en orden a la ausencia de conocimiento sobre "limites catastrales que individualizan los terrenos que se los acusó de usurpar".

En idéntico sentido, sostuvieron que: "el derecho a la propiedad indígena es incompatible con el ánimo de despojar, ya que los pueblos originarios han sido despojados históricamente de sus territorios y tienen la necesidad de reafirmar su identidad, la que, conforme su cosmovisión no es posible hacerlo sin territorio", y agregaron que: "Es un vínculo inescindible para el ejercicio de ese derecho identitario […] no poseen ánimo de usurpar sino de ejercer derechos".

Asimismo, se planteó que el *a quo* omitió considerar el contexto y que los terrenos son "espacio abiertos, que forman parte del lugar que empezaron a

habitar cuando se levantó el *rewe*, que no tenían delimitaciones", y que el testigo Montenegro declaró que antiguamente en esos espacios vivían –o los usufructuaban- miembros del pueblo mapuche.

De otra banda, en punto a la ausencia de personería jurídica, manifestaron que ello no es un requisito ya que el otorgamiento de personería tiene efectos declarativos y no constitutivos, señalaron que no es un deber de las comunidades poseerla, sino un derecho que el Estado debe garantizar, y citaron precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-.

Por otra parte, criticaron el análisis realizado por el judicante sobre la idea de posesión "tradicional, actual y pública" contenida en la ley 26.160 y también destacaron pasajes del pronunciamiento del cimero tribunal regional en "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina" que, siempre a su criterio, serían de suma importancia para resolver la cuestión en sentido contrario.

De seguido, se agraviaron de que se haya "soslayado arbitrariamente la actuación del propio Estado en el conflicto". Al respecto, en primer lugar, subrayaron el acuerdo firmado con la Administración de Parques Nacionales y afirmaron que: "más allá de que ese acuerdo no haya sido homologado por el cambio de temperamento de los acusadores cuando llegó el nuevo gobierno, el acuerdo existió y fue prueba de este juicio. Si bien tanto la fiscalía, desde el principio, como la APN luego del cambio de gobierno se opusieron a ultranza a la homologación de ese acuerdo, el hecho de que se hayan opuesto a su

homologación judicial, no lo invalida como expresión de voluntad del propio Estado al momento en que el mismo fue firmado, y aquellos reconocimientos eran una prueba en el presente juicio que el Juzgador debió valorar a favor de los imputados, para considerar la inexistencia de agravio o perjuicio para las supuestas víctimas del delito que se les enrostraba, al menos respecto de Parques Nacionales, que suscribió su intención de resolver el conflicto por una vía alternativa".

También en cuanto a la intervención del Estado, se puntualizó en que un delito menor, como lo es el previsto en el art. 181 CP, se trató como una cuestión de Estado, se militarizó la zona, se detuvo a los acusados a pesar de ser un delito excarcelable, "una mujer tuvo que parir en cautiverio", todo lo cual, refirieron, "dejan en evidencia la desproporción de los medios empleados por el Estado para criminalizar a los imputados, mecánica que continúa con esta Sentencia, que los condena sin prueba alguna".

En esa línea, se postuló la aplicación del instituto de la pena natural ya que "fueron víctimas de un delito mayor, que es la violencia institucional" puesto que: "ha quedado demostrada la desproporción en el mal que se le ha infligido a los imputados durante todo el proceso, que ha sido con creces mayor al de la pena que prevé el delito menor por el que se los está juzgando, por cuánto fueron desalojados violentamente con sus familias de su territorio, fueron detenidos a pesar de tratarse de un delito excarcelable y fueron humillados y padecieron vejámenes intolerables desde el punto de vista moral".

En abono de tal postura, citaron el testimonio de Marisa Graham, Defensora Nacional De Niños, Niñas Y Adolescentes, en punto a que "no se respetó el protocolo existente para las fuerzas federales en el desalojo, afectando a la familia, la situación traumática de ser arrancados violentamente de su territorio, trasladados a Bs.As. etc. han infligido un daño desproporcionado, que vulnera bienes jurídicos superiores a los que buscaron repararse mediante la presente causa, que no se trata de una persecución penal, sino política, porque si estuviéramos juzgando una toma de tierras por parte de ciudadanos de otro sector social o bien en base a reivindicaciones distintas, como pueden ser derechos habitacionales, por ejemplo, no habrían causas penales, sino soluciones políticas a esos reclamos".

De otra parte, reclamaron la aplicación de la perspectiva del derecho indígena según el criterio del cimero tribunal en los autos "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de Inconstitucionalidad".

Desde otro ángulo, impugnaron que el tribunal haya considerado "el delito de usurpación como un delito continuado o bien un delito instantáneo con efectos permanentes", ya que: "es una errónea interpretación del derecho aplicable que va a contrapelo de lo que viene estableciendo ya una verdadera tradición jurisprudencial y doctrinaria en torno a este instituto", y se sostuvo que ello se vincula con que "en la acusación no son capaces de identificar en concreto el acto de despojo, el cual dan por demostrado a tenor de la permanencia de nuestros defendidos

en el territorio, la cual considera demostrada por haber encontrado elementos personales de los imputados en el lugar".

En ese sentido, mencionaron que el título de propiedad es irrelevante a los efectos de demostrar el despojo y se agraviaron de que: "más allá de que sea una Comunidad (como la llama el a-quo) advenediza, esa circunstancia es irrelevante en torno al ejercicio y/o reivindicación de sus derechos que son extendidos a todo el pueblo mapuche o pueblos originarios, siendo que en este caso, más allá de lo que piense el a-quo, esta parte demostró que los imputados son parte, por gran cantidad de testimonios de referentes del pueblo mapuche que los reconocen como tales y de los propios especialistas que han depuesto en la causa, cuyos testimonios el a-quo ha soslayado arbitrariamente".

Por otro andarivel, y nuevamente aludiendo a la inobservancia de la debida perspectiva indígena, plantearon que: "en este caso que no existe Nexo de Causalidad entre el accionar de mis defendidos con el supuesto delito que se les enrostra, por cuánto a la luz del derecho indígena la Posesión de la Tierra, elemento substancial para determinar la existencia del supuesto `Despojo´ no se acredita bajo los estándares probatorios de la posesión de la propiedad privada, y la falta de análisis por parte del Tribunal Sentenciante, bajo esta perspectiva legal obligatoria, por tratarse los imputados de miembros de una comunidad indígena y las tierras que se les imputa usurpar, parte de sus reivindicaciones territoriales históricas, el fallo resulta de antemano arbitrario".

Igualmente, evocaron que: "El Cumplimiento de una obligación legal o el legítimo ejercicio de un derecho no puede constituir como ilícito ningún acto", se señaló que: "las comunidades indígenas tienen el derecho a sostener y reafirmar su cultura, sus costumbres tradicionales y su religiosidad y ello tiene una directa relación con el territorio que habitan y/o habitaron sus ancestros", y que: "no existe en el ejercicio de este derecho una vulneración a la propiedad privada, porque no vale más la propiedad privada que los derechos territoriales reconocidos a los pueblos preexistentes".

Como prueba de que se estaba ejerciendo el legítimo derecho de reivindicación territorial, se destacó que allí está ubicado su *rewe* y que en la causa FGR 16149/2022/TO1 se dispuso que el mismo sea conservado "por ser un lugar utilizado como espacio de culto mapuche" y el ya mencionado acuerdo celebrado con la APN, sobre el que hizo hincapié en que no haber sido homologado con motivo del cambio de gobierno "bajo ningún punto de vista afecta su entereza jurídica".

Así, citaron doctrina en punto al estado de necesidad en materia penal y sostuvieron que: "ha quedado suficientemente demostrado que los imputados no han tenido el dolo de usurpar, sino que poseen necesidades propias en su condición de comunidad insatisfechas que se traducen en el derecho a vivir en su territorio", a lo que adunó que incluso existe un supuesto de atipicidad ya que "no existe en sus acciones violencia, ocultamiento, clandestinidad, abuso de confianza ni ninguno de los elementos que caracterizan la acción típica".

Por último, adujeron que la posesión no debe analizarse bajo el mero prisma de código civil, sino también en la normativa –ya referida- vinculada a las personas y comunidades indígenas en virtud de la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos", lo que se presenta no como una "apreciación extra-legal", sino como un enfoque "estrictamente jurídico".

En ese sentido, reclamaron la "transformación conceptual en los operadores jurídicos" para no juzgar a miembros de una comunidad indígena bajo preceptos culturales y jurídicos que no les son aplicables. Así, se agravió de que "ni siquiera se aceptó encuadrar los hechos en el marco de las condiciones de inimputabilidad del art. 34 del CP, inc. 4 o de la falta de culpabilidad derivada de la existencia de condicionamientos culturales más poderosos que la pretendida motivación por la amenaza de la sanción penal".

Para concluir, adujeron que: "La identidad colectiva como pueblo tiene sus raíces explicativas en la `Ixofil Mogen´ ("biodiversidad" en su idioma mapudungun). La tierra, por lo tanto, no constituye un objeto y un medio de trabajo, sino que también es la expresión simbólica de la etnicidad. El `Wajmapu´ ("territorio") no sólo representa el espacio del cual se obtiene la subsistencia, sino que simboliza la historia de la lucha del Pueblo Mapuche y expresa su cultura. El concepto de territorio definido por el Pueblo Mapuche constituye una totalidad, contrastando en este sentido con la noción de `tierra´ que en el derecho estatal alude a la porción de espacio que

puede ser apropiada por un individuo o por una persona jurídica. El territorio va más allá de una connotación económica, tiene un sentido espiritual y cultural vinculado a lo ancestral y a la dimensión comunitaria, y el Pueblo Mapuche se define como parte de ese todo (`mapu-che´ significa gente o pueblo `de la tierra´)".

Ad finem, fue referido que: "el extenso territorio de las laderas frente al Lago Mascardi, en el cual quedó absolutamente probado que no sólo no existían cercos de separación sino ningún otro tipo de señalización, en realidad está dividido catastralmente en numerosos lotes, hace imposible que se les puedan imputar varios hechos en concurso real".

De tal suerte, solicitaron se haga lugar a los agravios vertidos en las respectivas presentaciones casatorias y se revoque la sentencia recurrida, dejando sin efecto el veredicto del Juez de grado y que se impongan las costas a la parte acusadora.

3°) Que los autos fueron puestos en secretaria por diez días a los efectos previstos en los artículos 465, primera parte, y 466 del rito, ocasión en que el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó, en primer lugar, que: "los agravios introducidos en esta instancia por las defensas no constituyen más que una reiteración —en términos sustanciales— de los planteos ya formulados durante el desarrollo del debate oral".

Asimismo, agregó que: "de la simple lectura de la sentencia impugnada se desprende que el a quo valoró de manera razonada, coherente y fundada el plexo probatorio reunido en autos, alcanzando así el grado de certeza

necesario para tener por acreditados tanto los hechos como la intervención penalmente responsable de los imputados". En ese sentido, respondió a los agravios incoados y solicitó se rechacen en su totalidad.

4°) Que se dejó debida constancia actuarial de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 CPPN, oportunidad en que los representantes del Ministerio Público Fiscal y la querella de la Administración de Parques Nacionales no tuvieron a bien presentarse, mientras que la querella de María Magdalena Giménez Tournier acompañó breves notas -e hizo saber su conformidad con la sentencia dispuesta- y las defensas se hicieron presentes.

Así, durante la audiencia celebrada, en primer lugar expuso el defensor Luis Virgilio Sánchez, quien puntualizó en los planteos vinculados a la vulneración del principio del *ne bis in idem* y, además, adujo que el *a quo* desoyó tanto la prueba de descargo presentada por esa parte cuanto el acuerdo celebrado durante la tramitación de la causa, lo que, según su entender, importó déficits de fundamentación en la construcción de la faz subjetiva de los encausados.

Finalmente, memoró los agravios vinculados a la pena natural y a la violación del principio de *ultima ratio,* insistió en que no se evaluó la inexibilidad de otra conducta y solicitó que se revoque la decisión atacada y se absuelva a sus defendidos.

De seguido, expuso Gustavo Alberto Franquet quien detalló las vicisitudes del acuerdo suscripto -y no homologado-, y destacó que Ardaíz Guenumil se encontraba en los predios en cuestión en calidad de paciente, y que

durante el año 2022 –el momento de la usurpación- se encontraba gravemente enferma en Carmen de Patagones.

Asimismo, precisó que tratar penalmente un caso como el presente acarrea responsabilidad internacional para la Argentina e insistió en que es falso que existiesen otros "caminos" para la reivindicación territorial, y memoró que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que nuestro país "nunca construyó una legalidad que le permita a las personas recuperar [territorios], o que se cumpla lo que dice la Constitución".

Para concluir, refirió que existen derechos espirituales en juego y, además, que nunca se probó quienes fueron los autores de despojo ni que estuvieran en condiciones de distinguir, y por tanto conocer tal reclama la tipicidad, que lo que se estaba ocupando era más de un lote.

A su turno, la doctora Laura Taffetani sostuvo que en la presente causa se vulneró el derecho de defensa desde su inicio, y enfatizó en que el desalojo estuvo plagado de nulidades.

De seguido, precisó que su asistida Betiana Colhuan era menor al momento de la comisión de los hechos y se agravió de que se la tratase en todo momento como si fuese mayor sin siquiera abrirse un legajo tutelar. Asimismo, explicó que la nombrada es la primera machi después de 60 años en nuestro territorio y que ello significa ser una autoridad espiritual no solo de su comunidad, sino de todo el pueblo mapuche.

A más, manifestó que solo se consideró la pertenencia comunitaria *in malam partem*, y solicitó a este

colegio que respete el principio de legalidad y acompañó el petitorio de quienes la precedieron en el uso de la palabra.

Luego expuso la doctora Blanca Barreiro, quien manifestó que Yessica Bonefoi no se encontraba en el lugar al momento del allanamiento ya que ya no era parte de la comunidad, empero que ello no fue tenido en cuenta por el sentenciante.

Por otra parte, tomó la palabra el defensor Siro Sebastián Soto, quien criticó la valoración probatoria realizada respecto del encausado Matías Daniel Santana, y precisó que al momento de los hechos se encontraba sometido a otro proceso en Esquel.

Ad finem, el letrado Eduardo Néstor Soares manifestó, primeramente, que son un equipo y que, si bien por cuestiones procesales se encuentran designados de manera individualizada respecto de cada encausado, sus colegas le encargaron "pedirles, suplicarles, rogarles […] que puedan ver todos los elementos del juicio". A su vez, de seguido refirió que: "el mismo juez que juzga es el mismo juez que ha intervenido en instancias del proceso". Luego, destacó particularmente, que la sentencia no precisa las conductas de cada encausado.

De otra parte, solicitó que se tenga en cuenta que el lugar donde se instaló la comunidad fue aquel que vio la *machi* en una visión, y que no es un dato menor que allí estuvieron las últimas *machis* luego de la conquista del desierto.

Por último, solicitó que "se revoque la sentencia" ya que "es arbitraria", y que "eventualmente,

esta sentencia debería ser casada y si llegara el caso […] se considere la posibilidad real de hacer un nuevo juicio con reglas de juego más claras".

En estas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

-II-

5°) Que los recursos interpuestos por las defensas resultan formalmente admisibles. Están dirigidos contra la sentencia condenatoria, satisfacen las exigencias de interposición (art. 463), de admisibilidad (art. 444) y se invocan fundadamente los motivos previstos legalmente (art. 456 inc. 1° y 2° CPPN).

Por lo demás, si bien las sentencias de tribunales orales que disponen una condena menor a tres años de prisión son irrecurribles para el imputado a tenor del art. 459 CPPN, aquella limitación es inconstitucional, ya que impide el ejercicio del derecho a recurrir la sentencia condenatoria (art. 8.2.h CADH, 14.5 PIDCyP) y viola el principio de igualdad (art. 16 CN). Este criterio ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Giroldi" (Fallos: 318:514).

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea, de agotar la revisión de lo revisable, de conformidad con los estándares desarrollados específicamente para con el país por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Mohamed Vs. República Argentina" (Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, §96 y ss.), "Gorigoitía Vs. Argentina" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019, §47 y ss.) y "Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina" (Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020, §43 y ss.).

-III-

6°) Que, liminarmente, y con el fin de abordar adecuadamente los agravios planteados, corresponde precisar que en la sentencia en crisis se estructuró la plataforma fáctica sobre la base de tres acontecimientos históricos diferenciados —rotulados nominativamente por el órgano de mérito como "Hecho 2", "Hecho 3" y "Hecho nuevo"—, en los cuales se discernió acerca de los grados de intervención y participación criminal por parte de los encausados; sucesos todos estos que hallaron encuadre típico en la figura criminal de usurpación por despojo, previsto en el artículo 181 CP.

En ese sentido, en cuanto al denominado "Hecho 2", se indicó que: "se les atribuyó a Betiana Ayelén Colhuan, Luciana Martha Jaramillo, Romina Rosas, Yessica Fernanda Bonnefoi y Matías Daniel Santana, el despojo a la Administración de Parques Nacionales (APN) sobre los lotes de su propiedad (NC 19-7-A-011-15 y 06, km. 2006 de la Ruta Nacional 40 Sur, Villa Mascardi) por medio de actos violentos que se iniciaron en el mes de julio del año 2018 y se mantuvieron a lo largo del tiempo hasta el día 4 de octubre del año 2022, cuando fueron desalojados por personal de la Policía Federal Argentina conforme la orden

impartida por el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche".

A ello, se agregó que: "Tales actos fueron, en los albores, la rotura de vidrios del Ex Hotel Mascardi (o Ex Hotel IOS), el corte del mástil que obraba en el lugar y la instalación de una reja verde que cortaba el acceso al predio; también se manifestaron por medio del daño y desguace de los automóviles que la APN tenía estacionados en el lugar", y que: "Esa ilícita ocupación se mantuvo a lo largo de más de cuatro años por medio del ejercicio de violencia contra las personas, puesto que efectivos de la Policía de Río Negro, guardaparques, abogados y autoridades de Parques Nacionales, miembros de Gendarmería Nacional, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria y de la Policía Federal Argentina, veedores de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y de la administración de justicia fueron sistemáticamente atacados por medio de piedras y bombas molotov al momento de intentar acceder al lugar para materializar mandas judicialmente ordenadas".

Asimismo, también respecto a este suceso, se señaló que: "esa permanencia en el predio se dio por medio de la fuerza ejercida contra las instalaciones del Ex Hotel IOS, que fue dañado, vandalizado y desmantelado al punto que, en la actualidad es completamente inservible en su totalidad. Muchos de los materiales forzados del inmueble fueron utilizados para construir casillas en la parte trasera del predio, con las vigas, aberturas y revestimientos de allí obtenidos".

Por otra parte, en orden al referido como "Hecho 3", se precisó que: "también se les atribuyó a Colhuan,

Jaramillo, Romina Rosas, Ardaiz Guenumil, Bonnefoi y Santana, la turbación de la posesión que Juan Fergus Grehan y María Magdalena Giménez Tournier ejercían sobre la propiedad del predio llamado 'La Escondida' (NC 19-7-A-011-08, km. 2006 Ruta Nacional 40 sur, Villa Mascardi) por medio de actos violentos que se iniciaron en el mes de enero del año 2018 y se mantuvieron a lo largo del tiempo hasta el mes de octubre del año 2022. Tales actos fueron inicialmente la destrucción de los alambrados, la tala de árboles del predio y la violencia ejercida contra los propietarios o terceros que intentaban comisionarse al lugar, quienes eran atacados con piedras y amenazados por sujetos encapuchados que se decían dueños de la zona".

Además, se agregó que: "Esa turbación se transformó, finalmente, en un despojo total de la posesión, cuando los imputados y otras personas no identificadas miembros del mismo grupo autodenominado `Lof Lafken Winkul Mapu´(LWM) cerraron el camino de acceso al predio, colgaron carteles y banderas, algunas en alusión a Rafael Nahuel y otras que rezaban `No pasar – Territorio Mapuche´", y que: "la forma de mantener la ocupación del lugar durante más de cuatro años y medio fue también por actos violentos, al impedir la actuación judicial en el lugar y agredir por medio de piedrazos a cualquier persona que se acercara al predio".

Finalmente, se indicó que: "se instalaron en forma permanente allí en las casillas que construyeran, María Celeste Ardaiz Guenumil (junto a su pareja y a los tres hijos menores de edad), hasta el día 04 de octubre del año 2022, cuando se desalojó la zona en el marco del

procedimiento realizado por personal de la PFA por orden del Juzgado Federal de la ciudad de San Carlos de Bariloche".

Por último, el analizado como "Hecho nuevo" fue atribuido a Yessica Fernanda Bonnefoi "haber despojado a Parques Nacionales del lote NC 19-7-A-011-05", y se indicó que: "En dicho lote (individualizado como `Lote 8´ secuestraron pertenencias de la acusada Bonnefoi. Dicho despojo ocurrió entre el día 25 de noviembre del año 2017 y el día 4 de octubre del año 2022, tal amplitud de tiempo en la imputación se debe a que la propiedad no pudo ser inspeccionada en virtud de los ataques reseñados de la comunidad hacia las fuerzas de seguridad y autoridades judiciales durante todo el lapso de tiempo consignado".

7°) Que, maguer lo supra referido, corresponde consignar –tal se señala en la pieza sentencial en trance casatorio- que si bien se juzgaron tres episodios fácticos que fueron instruidos de forma separada, "existe una íntima vinculación entre ellos, en tanto **los imputados forman parte de un mismo grupo o, al menos, son integrantes de la misma comunidad indígena -en el caso la autodenominada `Comunidad Lof Lafken Winkul Mapu´- y se encuentra relacionado al reclamo de dicha comunidad sobre los predios públicos y privados de Villa Mascardi**, cuya usurpación por despojo se investigó en los distintos legajos que por acumulación conformó este juicio".

Asimismo, cabe destacar cuanto se indicó en punto a que: "**no solamente se trata de la investigación de las usurpaciones consumadas de un grupo de personas** (casi todos miembros de la misma familia) que forman parte de una misma

comunidad indígena, sino también de lotes/predios que se encuentran contiguos entre sí y que han sido sucesivamente despojados uno tras otro, como lo ilustran las imágenes -fotos y filmaciones- y planimetría que se incorporó al juicio. **Es decir, se trata básicamente de usurpaciones que desde -al menos- el mes de noviembre del año 2017 se habrían extendido desde un predio hacia otros vecinos, cometidos por un mismo conjunto de personas, y reconocen una misma causa u origen**" (los resaltados no obran en el original).

8°) Que, atento a la heterogeneidad y mutua vinculación de los motivos de agravio articulados por las asistencias técnicas, razones de estricto orden metodológico imponen fijar un esquema orientado a examinar la concurrencia de los vicios de arbitrariedad postulados y, en idéntico sentido, a verificar la debida adecuación de la plataforma a los estándares de control de convencionalidad aplicables, resguardando al Estado argentino frente a posibles responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas.

En efecto, se advierte que las cuestiones a resolver exigen, en primer lugar, determinar si los hechos atribuidos en autos constituyen episodios nuevos y autónomos de despojo o si, por el contrario, se encuentran absorbidos por el denominado "Hecho 1" ya juzgado en la causa n° FGR 26.511/2017, lo que exigiría hacer operativa la garantía de *non bis in ídem* reclamada y, en consecuencia, vedar la persecución penal.

En segundo orden, cabe analizar los agravios vinculados a la materialidad fáctica y aquellos referidos a la subsunción típica, toda vez que la comprensión misma de la situación examinada, e incluso la edad jurídicamente relevante de una de las encausadas, aparecen condicionadas por el alcance de las reglas jurídicas que se derivan de la figura penal discutida.

En ese sentido, no es ocioso recordar cuanto ha señalado el cimero tribunal nacional en punto a que: "la superposición de los aspectos fácticos y jurídicos en el campo penal y la dificultad de avanzar en una distinción clara y precisa siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal (como puede ser el beneficio de la duda) puede considerarse como una cuestión de hecho" (Fallos 328:3399).

De ello se sigue que la valoración de determinado *factum* histórico no puede escindirse del significado jurídico que le asigna el tipo penal aplicable. En la especie, la delimitación del acto de despojo previsto en el

art. 181 CP constituye un abordaje normativo de selección y configuración de los hechos, pues determina aquellas conductas penalmente relevantes.

9°) Que establecido el orden del presente sufragio, corresponde adentrarse en el análisis relativo a pretendida nulidad por la violación a la garantía del *ne bis in ídem*.

Tal se señaló, la cuestión reside en establecer si el denominado "Hecho 1" investigado en la causa n° 26511/2017 abarca los episodios acumulados en la presente.

Al respecto, para desestimar la postura defensista, el *a quo,* siguiendo la tesitura del Ministerio Público Fiscal y de las querellas, sostuvo que no se encontraba satisfecho ninguno de los requisitos necesarios para la operatividad del principio invocado y destacó que no existía identidad de personas, ni de causa de persecución penal, ni de objeto.

En este sentido, el Tribunal reseñó que los imputados de uno y otro expediente no coinciden plenamente, y señaló expresamente que las conductas aquí sometidas a juzgamiento: "versan sobre acontecimientos históricos distintos al que originó el otro proceso concluido **(usurpaciones iniciadas y cesadas en el año 2017) y estos que hoy se juzgan datan en su comisión de los meses de enero y julio del año 2018** y cesados en el mes de octubre del año 2022, aun cuando los acusados hubiesen realizado los hechos de un modo similar" (el destacado no obra en el original).

Además, advirtió que las defensas en todo momento habían sostenido el carácter instantáneo del delito de

usurpación, mas ahora pretendían apoyar su planteo en una supuesta continuidad delictiva que ellas mismas habían negado, por lo que -de adverso- el tribunal recogió el argumento de las querellas en cuanto que los hechos anteriores y los actualmente juzgados eran "bien distintos" respecto de los inmuebles ocupados, refiriéndose a predios diferenciados ("La Escondida" y el "ex Hotel IOS"), con coordenadas catastrales y víctimas no coincidentes como son, por un lado, la Administración de Parques Nacionales en 2017 y, de otro, particulares afectados en el año 2018.

Por último, el judicante recordó el estándar del cimero tribunal en la materia y concluyó que en el caso no había posibilidad de considerar violada la garantía en cuestión, toda vez que "las conductas imputadas ocurrieron en tiempos diversos, en ámbitos distintos, afectan bienes jurídicos independientes y víctimas distintas", y agregó que los hechos de 2017 y los actuales "se refieren a imputaciones y sucesos históricos distintos, escindibles perfectamente uno de otros".

En estas condiciones, se observa que las razones expuestas en la sentencia no resultan suficientemente confutadas en la crítica defensista en relación al apuntado cuestionamiento, y que -por cierto- no fueron rebatidas en su presentación recursiva, donde se limitaron los casacionistas a reeditar, en los mismos términos, los argumentos que habían sido articulados en oportunidad del debate.

10°) Que, descartado el planteo precedente, concierne adentrarse en aquellos relativos a la fundamentación de la pieza en crisis.

Así, cabe advertir que una primera lectura de la sentencia pone de manifiesto tanto una contradicción relevante en el modo en que el tribunal construyó el abordaje dogmático de la calificación de usurpación del art. 181, inc. 1 del código de fondo, cuanto un yerro respecto a las modalidades comisivas del tipo en cuestión, defectos que, al condicionar la materialidad *sub examine*, imponen comenzar el análisis por dichos aspectos.

En efecto; de modo liminar, corresponde señalar que en el pronunciamiento pueden identificarse dos momentos en los que el tribunal se refiere al contenido y a la estructura típica del delito de usurpación que informan la interpretación de los hechos. Por un lado, cuando aborda como cuestión preliminar el planteo defensista en torno a que Betiana Colhuan era menor de edad al momento del suceso imputado. Por otro, al desarrollar, en la denominada "Tercera cuestión – Significación jurídica", su concepción dogmática del tipo penal en cuestión.

En cuanto al primero, el *a quo* rechazó la tesis defensista respecto a que Betiana Colhuan era menor cuando el supuesto despojo en el entendimiento de que: "Inició las usurpaciones siendo menor de edad, **se mantuvo -continuó en ellas-** y permaneció como mayor de edad hasta su finalización en el mes de octubre del año 2022, momento en el que se recuperaron y restituyeron los lotes despojados".

Para arribar a tal conclusión, receptó la posición fiscal –a la que adhirieron las querellas- en cuanto que: "estos hechos que hoy se ventilan se iniciaron en el año 2018 hasta el año 2022, período en el cual el despojo de los lotes se mantuvo, y la imputada adquirió la

mayoría de edad el día 13 de abril del año 2019, **es decir que en gran parte del período de tiempo consignado fue mayor de edad, correspondiendo su responsabilidad por esta porción de tiempo"** (los resaltados no obran en el original).

Asimismo, discurrió sobre que: "al tratarse el delito de usurpación de un delito instantáneo de efectos permanentes, se consuma en el momento en que se despliegan las acciones y los medios comisivos tipificados para cometer el despojo. Por ello, considero, conforme las características y tipología de este ilícito, que no corresponde el sobreseimiento de la acusada Betiana Ayelén Colhuan".

A más, agregó que: "Si bien como fue señalado al sustanciarse la incidencia en la etapa preliminar **al momento de la consumación del ilícito la acusada Betiana Ayelén Colhuan tenía 17 años**, y como bien lo explicó la acusación, la usurpación de los lotes se mantuvo hasta que los predios fueron recuperados en el mes de octubre del año 2022, consecuentemente con ellos, **Colhuan en gran parte de ese tiempo, -a partir del día 13 de abril del año 2019- adquirió la mayoría de edad en la que se mantuvo y continuó con las usurpaciones**, como ella misma lo reconoció al afirmar que oficiaba de médica de la comunidad y atendía en el lote usurpado a Parques Nacionales a los miembros de la comunidad que requerían su asistencia" (el resaltado no obra en el original).

Por último, consideró que: "Sabido es, el despojo se logra expulsando a los ocupantes del inmueble, invadiéndolo penetrando en él y también **manteniéndose en**

él, impidiendo a los legítimos tenedores o poseedores seguir ejerciendo los derechos que le corresponden. **Y esto último es lo que ha hecho Betiana Aylén Colhuan en su mayoría de edad junto con las demás acusadas.** Además, su finalidad siempre estuvo signada por la voluntad de permanecer en los lotes ocupándolos ilegalmente" (el resaltado no obra en el original).

De otra parte, en el referido acápite "Tercera cuestión – Significación jurídica", el tribunal consideró –con referencia doctrinal a "Creus, Donna, Aboso, Soler Bounpadre [SIC]"- que el artículo 181 inciso 1° CP tiene por objeto la protección del poder de hecho ejercido sobre un inmueble y que esa situación fáctica se manifiesta en el uso y goce pacífico y efectivo que el sujeto pasivo llevaba adelante con anterioridad a los hechos.

Asimismo, refirió que el verbo típico consiste en despojar y que ello requiere la privación total o parcial de la posesión o tenencia mediante las modalidades y a través de los medios comisivos y retomó la consolidada interpretación doctrinaria que caracteriza a la usurpación como un delito de consumación instantánea cuyos efectos son permanentes, toda vez que la lesión típica se perfecciona cuando el agente sustituye, con su conducta, el poder de hecho del poseedor previo.

Así, afirmó expresamente que: "Las personas que lleven adelante el despojo tendrán que privar con su proceder efectivamente la posesión o tenencia gozada por el sujeto pasivo en un momento determinado. **En este sentido corresponde afirmar que no habrá privación, y, por ende, tampoco despojó de un inmueble, si no existe un uso o goce**

previo, ya que éste resulta ser un presupuesto necesario para su configuración" (el resaltado no es del original).

Finalmente, agregó que: "El orden penal protege al que lleve adelante un efectivo ejercicio de las facultades que emergen de la posesión y luego sea privado de ella por medio de alguna de las formas comisivas -violencia y clandestinidad-, actos reprochados que se cumplieron y cometidos por las acusadas y acusado Santana, **que invadieron, se mantuvieron y expulsaron a los ocupantes por más de cuatro años**", para luego agregar que: "**La violencia, en términos de amenaza permanente, consistió en continuar la usurpación** hasta tanto se produzca su reconocimiento como propietarios de los predios usurpados imponiendo su presencia como respuesta a requerimientos de desocupar pacíficamente la zona tomada" (el resaltado es agregado).

11°) Ahora bien; repárese que el artículo 181, inciso 1° del Código Penal reprime a quien "por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes".

El verbo típico, tal identificó el judgador, se presenta como "despojar" y la doctrina, de forma unánime, ha señalado que su contenido consiste en privar, quitar, desposeer a otro de la tenencia o de la posesión de un inmueble, del goce material del bien o de otro derecho real constituido sobre el mismo, a través de uno de los modos

comisivos enunciados (invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes) y mediante la utilización de alguno de los medios comisivos específicamente previstos (violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad) (por todos, ver Baigún, David - Zaffaroni, E. Raúl (Dirs.), "Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Tomo VII, Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 744 y sus citas).

A su vez, desde siempre se ha enseñado respecto de esta figura legal que: "el delito es instantáneo, pero de efectos permanentes" (Núñez, Ricardo, "Manual de Derecho Penal. Parte especial", Lerner Editora, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, 2008, p. 283), y que: "El despojo es un delito instantáneo. A diferencia de otras figuras de usurpación que pueden asumir formas eventualmente permanentes, ésta guarda paralelismo con el hurto también en este punto, **ya que el estado de desposesión que crea no puede ser imputado como consumación, sino como un efecto de ésta**" (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, 10ª reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pp. 528/529, el resaltado no obra en el original).

Por otro lado, respecto al alcance de la clasificación de un delito como instantáneo o permanente, cabe señalar que ello refiere al aspecto temporal de la consumación del delito, mientras que, ajeno a ello, la noción de delito continuado facilita determinar si debe

valorarse todo lo actuado como una conducta o como una pluralidad de ellas.

Así, un delito es instantáneo: "si su consumación se produce y agota en un momento. La unidad temporal de la consumación depende de la naturaleza del bien ofendido y no del modo de la conducta ofensiva" y se ejemplifica que: "El homicidio se consuma en un momento, porque la vida es destruida por la conducta del autor en el momento del paso de la víctima a la muerte, aunque ésta haya sido el resultado de una conducta prolongada (envenenamiento progresivo) o la lesión mortal no haya operado instantáneamente. Sucede lo mismo con la consumación de los delitos de robo y de provocación al duelo, los cuales se consuman, respectivamente, tan pronto como la cosa ha pasado de poder de la víctima al del ladrón o en el momento mismo en que se produce el acto provocativo". (Núñez, Ricardo, op. cit., p. 148)

Por su parte, el delito será permanente (o continuo, atento a la terminología legal del art. 63 CP) "si su consumación no representa un acto consumativo, sino un estado consumativo, que implica la permanencia de la ofensa al bien jurídico. El carácter permanente del delito depende de la naturaleza del bien ofendido, que debe ser susceptible de que su ofensa se prolongue sin interrupción. A diferencia de la consumación instantánea, que es compatible con una conducta prolongada, la consumación permanente no es compatible con una conducta instantánea, sino que exige su prolongación", y siempre se explica que: "El delito permanente no es el delito de efecto permanente. En éste, lo que subsiste no es la consumación del delito,

sino los efectos de ella: por ejemplo, en el homicidio, la muerte, y la privación de la cosa, en el hurto" (ídem., p. 149).

Así es, si el aquí analizado resulta ser un delito de carácter instantáneo, la consumación se produce en el momento mismo del despojo, esto es, cuando el sujeto pasivo pierde la posesión o tenencia y el sujeto activo adquiere el poder -de hecho- del inmueble, mientras que la eventual permanencia posterior del último en el mismo, aun cuando impida a los legítimos poseedores recuperar o reingresar al bien, no constituye un nuevo acto típico, sino un efecto de la conducta ya consumada. En ese sentido, no debe dejarse de lado que del tipo penal se deduce que lo prohibido –y su relevancia penal- no es la ocupación en sí misma, sino el acto de despojar.

Frente a ello, si bien acierta el *a quo* al señalar, conjuntamente con la doctrina dominante, que la usurpación es un delito de carácter instantáneo de efectos permanentes, se observa el yerro en torno a los efectos jurídicos que otorga a esa caracterización y, en consecuencia, a los elementos fácticos que debían ser atendidos.

En ese sentido, el tribunal incurre en error al argumentar que la imputada "se mantuvo" en el lote durante un lapso de tiempo que abarcó tanto su minoridad cuanto su mayoría de edad, pretendiendo de ese modo prolongar la consumación del delito más allá del inicial y único posible acto de despojo, habida cuenta que el alcance de dicha conclusión desvanece los límites del verbo típico "despojar", y equivoca el momento consumativo —que se agota

con la efectiva privación de la posesión o tenencia— con la situación fáctica posterior de permanencia en el inmueble.

Pues, con tal razonamiento, confunde el "mantenerse" que el tipo penal contempla como una de las posibles modalidades comisivas del despojo, con el "quedarse" posterior en el predio, que no configura una nueva acción típica sino un efecto del delito perpetuado. Esta desorientación técnica altera la estructura temporal de la modalidad típica y transforma indebidamente un delito instantáneo de efectos permanentes en uno permanente (o bien en uno "continuado" al estimar que ante el rechazo de cada solicitud de desocupar el inmueble se comete nuevamente el hecho), extendiendo artificialmente la consumación y desvirtuando tanto la edad de Colhuan que debía ser considerada, cuanto los hechos jurídicamente relevantes a los fines de la configuración típica.

En ese orden, no resulta ocioso señalar que cuando en el tipo penal se refiere a "mantención", se hace respecto de una de las posibles modalidades comisivas que configuran el despojo, más en ningún momento con vocación de extender, como lo hace el *a quo*, el momento consumativo.

Al respecto, acompaña esta inteligencia también la doctrina al señalar que el "mantenerse" –vale repetir, como modalidad comisiva- implica que: "despoja el que transformando el título de tenedor, poseedor o cuasi-poseedor a nombre de otro, manteniéndose en el inmueble desapodera al titular y se conduce como tenedor, posedor o cuasi-posedor a título propio" (Núñez, Ricardo, op. cit., p. 282).

Asimismo, que: "el mantenimiento en el inmueble, impidiendo al ocupante seguir ejerciendo los derechos sobre él cuando le corresponden, lo cual se da generalmente en los casos de interversión de título, en los cuales el agente invoca un título de ocupación que no es aquel en virtud del cual se encontraba en el inmueble, aunque éstos no agotan los supuestos delictivos" (Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte especial", Tomo II, 6ª edición, 1ª reimpresión, Astrea, Bs. As., 1998, p. 560).

De todo ello, se desprende que una correcta aplicación de los elementos vinculados al delito imputado impiden sostener –tal se hizo en el pronunciamiento- que posteriores conductas de los agentes hayan producido aquello que se habría consumado con anterioridad. Esto es, si bien el "mantenerse" conlleva un "rehusar retirarse", lo cierto es que la negativa que señala el *a quo* en su análisis no se encontraba vinculada a una previa estancia legal ni mucho menos a un nuevo acto de despojo, pues no resultaría posible despojar lo que, por ya haber sido despojado (cuando, por ejemplo en el propio relato del *a quo*, la imputada era menor), no se encontraba en posesión del sujeto pasivo.

De este modo, atento a la uniforme opinión de los autores sobre el tipo penal en cuestión y sus modalidades comisivas, así como respecto del alcance de la categoría de delito instantáneo, no cabe más que concluir que en la sentencia puesta en crisis se han transformando erróneamente las conductas en examen en calidad de naturaleza permanente y, en consecuencia, ha existido una incorrecta valoración tanto de la edad penalmente relevante

de la imputada Betiana Colhuan, cuanto de las conductas –y sus modalidades y medios de comisión- que dentro del conflicto territorial debían considerarse con objeto del tipo penal escogido.

12°) Que, sin perjuicio de las consecuencias que se desprenden de lo hasta aquí apuntado, a los fines de evitar reenvíos innecesarios, deviene indispensable la respuesta desde un análisis dogmático elemental a la complejidad de hipótesis como la presente.

En esa dirección, no puede dejar de advertirse que el *sub examine* no admite un escrutinio desvinculado de su particular sustrato fáctico, toda vez que las conductas con eventual relevancia penal se realizan en precisas circunstancias que sitúan -cuando no condicionan- su encuadre normativo.

En efecto; repárese que la singular constelación fáctica de la presente excede ostensiblemente los márgenes de una controversia patrimonial ordinaria. Pues, se trata de un escenario signado por una profunda conflictividad estructural, donde convergen complejas reclamaciones territoriales, variables de identidad cultural diferenciadas, y particulares concepciones sobre la vinculación material y comunitaria con el suelo.

Adviértase al respecto el conjunto de pautas interpretativas y estándares de protección que se derivan del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y del Convenio 169 de la OIT, los cuales guardan correspondencia con los criterios transversales fijados por la jurisprudencia del sistema interamericano (Cfr. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.

Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012; entre otras).

De tal suerte, en virtud de los cánones constitucionales, convencionales y legales que gobiernan el abordaje de conflictos con participación de integrantes de comunidades indígenas, menester es recordar que: "los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos. Esta obligación estatal positiva de adoptar medidas especiales se acentúa mayormente cuando se trata de los niños y niñas o de las mujeres indígenas, puesto que su nivel de vulnerabilidad es aún mayor" (cfr. causa n° FGR 11180/2017/CFC1, caratulada: "Comunidad Lof Campo Maripe (Loma de Campana) s/ recurso de casación", reg. n° 957/18, rta. 13/07/2018, con sus citas).

Del citado marco hermenéutico, se colige que los agravios logran demostrar un vicio de arbitrariedad que

invalida la motivación jurídica del pronunciamiento condenatorio en revisión.

Al respecto, cuadra precisar que -al analizar el aspecto subjetivo requerido por el tipo penal- el judgador se limitó a indicar que: "Las conductas atribuidas –intervención delictiva- debe reprocháreseles a título doloso, es decir, `la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento en el caso concreto´. Está presente el elemento cognitivo de todos ellos que se acredita dado que todos conocían en qué consistía o cuales eran los alcances del delito `usurpación´ que cometieron, en razón de las pruebas y de que ellos mismos lo reconocieron bajo otro razonamiento -el de no cometer ilícito alguno y de recuperar las tierras que se atribuían ancestralmente-. Decir que concurrió el elemento Dolo por parte de los coautores materiales, porque el conocimiento que detentaban abarcaba la ajenidad del inmueble y la ausencia de toda autorización expresada en innumerables oportunidades por sus legítimos propietarios en que continuaron con el despojo y la ocupación. Extremos acreditados en este juicio".

Asimismo, indicó que: "Los elementos volitivo y cognoscitivo están presentes en la conducta de los imputados, desde que ellos mismos conocían acabadamente la reglamentación sobre los trámites a seguir y, ante la posterior exhortación de las autoridades a desalojar el predio, siempre se negaron hacerlo y se mantuvieron en esa conducta ilícita".

De ello, se desprende que la estructura argumental de la sentencia carece de la aptitud necesaria

para tener por verificado con certeza el conocimiento de la ajenidad del objeto material, orfandad que, por aplicación del *favor rei*, impone el progreso de los recursos articulados.

Así, debía verificarse en la especie el conocimiento por parte de los encausados de que se estaba frente a la ajenidad del inmueble que se encontraba bajo la posesión de un tercero, como también que se estaba recurriendo a alguno de los medios comisivos contemplados en la norma para privar a éste de aquella, extremo que ni la acusación ni la sentencia en estudio han satisfecho con el nivel de exigencia que reclama una condena en el terreno penal.

En este sentido, atañe precisar que el dolo típico no se satisface con el mero conocimiento de la realización de actos materiales de ocupación, sino que requiere que éstos sean llevados a cabo con conciencia de que importan un despojo "de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido", en perjuicio de un tercero y mediante alguno de los medios comisivos contemplados en el precepto.

Luego, la compleja trama que exhibe el *sub lite* —en la que convergían variables de orden normativo, histórico y de pertenencia cultural que integraban y delimitaban el sustrato fáctico— resultó objeto de una drástica reducción en el itinerario crítico del *a quo*, que se limitó a desconocer su relevancia mediante la escueta e indeterminada fórmula de que los encausados actuaban "bajo otro razonamiento".

Semejante temperamento eludió precisar las consecuencias concretas que proyectaba aquel entorno regulatorio e institucional sobre la configuración subjetiva del ilícito con relación a la representación de los encausados en lo atingente a la ocupación y los títulos sobre el predio al momento de la ejecución del hecho.

Al prescindirse de este análisis circunstanciado sobre la naturaleza del escenario de actuación, el juicio del plano subjetivo quedó privado del presupuesto indispensable para fundar la certeza del reproche penal, incurriendo el pronunciamiento en un vicio de fundamentación que, en el estado que se encuentra el proceso, deviene en su ineludible descalificación como acto jurisdiccional válido.

Pues no resultaba posible omitir que el criterio de certeza edificado por el *a quo* en lo atingente a la configuración de la faz subjetiva del injusto adolece de una insalvable mengua metodológica, derivada de haberse prescindido del inestable marco regulatorio que incide directamente sobre el objeto material del proceso, extremo que, indudablemente, impone a los agentes estatales una mayor carga argumentativa y probatoria.

Efectivamente, desde el año 2006, cuando el Poder Legislativo sancionó la Ley n° 26.160 que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras comunitarias, disponiendo originalmente un plazo de vigencia de cuatro años, este estatuto de emergencia fue prorrogado consecutivamente por el propio Congreso de la Nación en tres oportunidades bien diferenciadas, mediante las Leyes n° 26.554 (año 2009), n° 26.894 (año 2013) y n°

27.400 (año 2017). Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional extendió dicha situación de excepcionalidad a través del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 805/21, prolongando los efectos suspensivos de las medidas de desalojo hasta diciembre de 2024.

No obstante la prolongada vigencia de este bloque tutelar extraordinario, el panorama normativo ensayó una drástica mutación de criterios institucionales hacia fines de dicho año con la promulgación del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 1083/2024. Allí es el propio Estado nacional el que asume un nuevo diagnóstico sobre los efectos de su propia actividad regulatoria.

Así es, en los considerandos de la citada norma, se adujo que la sucesión de prórrogas excesivas *"ha generado inseguridad jurídica y una grave afectación al derecho de propiedad de los legítimos dueños, o los derechos de sus arrendatarios o poseedores"*, señalando asimismo que el marco de excepción instituido por la Ley N° 26.160 *"ha dado lugar a una larga serie de acciones que, en connivencia con grupos amparados circunstancialmente bajo normativa aplicable a pueblos indígenas, avasallaron los derechos de la ciudadanía y agraviaron las prerrogativas soberanas del Estado"*. Bajo esa misma base argumental, el dispositivo oficial concluyó que la problemática originaria *"se ha agravado debido al incremento de inscripciones de comunidades indígenas en los respectivos registros, sin cumplir las mínimas condiciones para que los peticionantes sean reconocidos como comunidades indígenas autóctonas"*.

Así las cosas, nuestro país experimentó, durante 18 años de las últimas dos décadas, una emergencia que por

invocadas necesidades de orden público requirió un régimen de excepción -que suspendía "la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación" (cfr. su art. 2) de tierras comunitarias de las poblaciones indígenas originarias- atravesado por una serie de modulaciones en derredor de la ausencia de regulación definitiva y la coexistencia de criterios estatales divergentes, que configuraron un escenario valorativo inestable y en ocasiones contradictorio, que debía ser necesariamente atendido por el Tribunal al momento de ponderar el marco de actuación, mas tales circunstancias no fueron justipreciadas.

En idéntica dirección, no es dable desconocer las sucesivas modificaciones de criterio y los temperamentos institucionales discrepantes asumidos por los propios funcionarios de la administración a lo largo del presente conflicto, revistiendo particular trascendencia el hecho de que la autoridad central haya celebrado una instancia conciliatoria plasmada en un acuerdo que luego fue desconocido por la siguiente.

En dicho instrumento no solo se enmarcó la controversia bajo los parámetros de una disputa de matriz pluricultural —reconociéndose que el objeto litigioso comportaba una dimensión comunitaria que trascendía la delimitación catastral ordinaria de la propiedad privada—, sino que además se incorporó como dato de entendimiento oficial la afectación específica de una porción del espacio geográfico en carácter de sitio de valor comunitario y cultual, previendo su conservación para el desarrollo de

tareas espirituales y medicinales por parte de una de las encausadas.

Semejante convalidación por parte de las autoridades otrora competentes constituye un elemento de insoslayable balance, toda vez que el propio comportamiento institucional de una de las acusadoras introdujo un factor de objetiva ambigüedad sobre situación del predio, extremo que en modo alguno coadyuva hacia la certeza exigida para la configuración de los componentes del dolo y el consecuente reproche penal.

Porque si bien es cierto que el acuerdo es, de un lado, posterior al momento de la ocupación y, por otro, no alcanzó homologación judicial, no lo es menos que constituye un dato objetivo y relevante del expediente que debía ser ponderado en tanto favorecía el alcance del entendimiento litigioso sobre el objeto, toda vez que demuestra que la situación analizada no era susceptible de ser percibida de manera unívoca como un supuesto de usurpación en sentido convencional, sino –también- como un conflicto territorial indígena complejo y de relevancia, atravesado por dimensiones culturales, históricas y jurídicas diversas.

Axiomático es que el mismo fue suscripto por diversas autoridades estatales con competencia específica como el Secretario de Derechos Humanos de la Nación, el presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, el presidente de la Administración de Parques Nacionales, la Secretaria de Articulación Federal del Ministerio de Seguridad de la Nación y la Subsecretaria del Ministerio de las Mujeres de la Nación, y la falta de homologación no

obedeció a una posible invalidez del acuerdo, sino a que -pese a los impulsos procesales de las partes- permaneció durante aproximadamente siete meses sin sustanciación ante el tribunal interviniente y, posteriormente, tras el cambio de autoridades nacionales merced a una nueva administración, la Administración de Parques Nacionales retiró su conformidad.

Así pues, no aparece probatoriamente desvirtuada -con la certeza apodíctica que demanda una sentencia condenatoria- la invocación de los encausados en orden a la carencia del convencimiento de los derechos sobre el inmueble, elemento configurativo esencial del tipo en cuestión. En este sentido, la ajenidad de la propiedad debe ser asumida cabalmente por el agente, contando con el conocimiento -fuera de toda duda- de que el bien no le pertenece bajo ningún título. En el *sub lite* -de adverso- los permisos y autorizaciones negociados y otorgados por la autoridad conducen a admitir el alegado error (art. 34 inc. 1 CP) fundado a partir de actos emitidos desde el Estado -más allá de su acierto, o no- como resultó probado, sin confutación idónea por la acusadora ni tampoco desarrollada en la pieza sentencial.

En tales condiciones, el soslayar las consecuencias que proyectaban sobre el *sub examine* la expuesta superposición normativa, las sucesivas contradicciones, cambios de criterio y demoras de los propios órganos estatales, importó -cabe insistir- desechar un aspecto central para valorar las conductas atribuidas. Esta exclusión de tratamiento no solo descalifica el razonamiento, sino que impide descartar que las

consecuencias derivadas de la actuación errática de los tres poderes del Estado en la materia no hayan redundado en perjuicio de los derechos de los justiciables y la profundización del cuadro de inseguridad jurídica alertado incluso desde el plano internacional.

Cabe consignar que en el ámbito regional se ha advertido acerca de "la insuficiencia de la normativa argentina existente en cuanto a procedimientos de reclamación de la propiedad indígena" (Corte IDH. Caso "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina". Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas).

Nótese que se juzgó particularmente que: "§ 165 […] el propio Estado ha advertido la insuficiencia de su régimen legal. Así: a) la ley 26.160 y sus prórrogas reconocen que hay una situación de `emergencia´ respecto de la propiedad indígena y prevén acciones por un tiempo determinado, las que no alteran el régimen legal existente en materia de procedimientos para el reconocimiento de la propiedad; b) la ley 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial, indicó que `los derechos de los pueblos indígenas´, inclusive el de propiedad comunitaria, `serán objeto de una ley especial´, y dicho Código, en forma acorde, reconoce ese derecho, pero `según lo establezca la ley´, y c) el Decreto 700/2010 del Poder Ejecutivo Nacional reconoce expresamente la necesidad de que se elabore una norma para `instrumentar un procedimiento´ a fin de efectivizar el derecho en cuestión. En sus fundamentos expresa que el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional es directamente operativo, pero que `la ausencia

de procedimientos legales tendientes a facilitar la concreción de la afirmación constitucional en los hechos, pone en riesgo la efectividad de la garantía consagrada´ y que **`las [c]omunidades [i]ndígenas han soportado desde el reconocimiento constitucional, el peligro de interpretaciones judiciales errantes y que hacen lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente´.** También indicó el perito Solá que el régimen legal nacional argentino es insuficiente" (el destacado no obra en el original).

A todo evento, en el marco descripto, la ponderación realizada por el sentenciante en torno a la verificación del elemento cognoscitivo mediante la afirmación de que sabían de la "reglamentación sobre los trámites a seguir", carece de la debida fundamentación frente a las especificidades del *sub lite* y el tipo endilgado.

Pues cabe señalar que el judicante infirió tal conclusión del hecho de que la mayoría de los encausados supieron integrar otra comunidad —el *Lof Nahuel-Colhuan*— a la que previamente se le habían reconocido otros territorios por dicha vía. Sin embargo, la línea argumental desarrollada presenta un defecto sustancial en la medida en que las conclusiones que formula no se desprende de los elementos obrantes en la causa, ni ese conocimiento permitiría verificar -*per se*- el conocimiento de los elementos requeridos.

En primer término, porque el razonamiento se asienta en características atribuidas a la comunidad en general y no en dato causídico alguno que permita vincular,

de manera individualizada tal se reclama, a las personas encausadas con la tramitación, el impulso o siquiera la participación en los procedimientos estatales que el *a quo* da por conocidos. Esta forma de reconstrucción traslada al plano subjetivo de los incusos -que no han sido suficientemente acreditadas- mediante la utilización *in malam partem* de la pertenencia comunitaria.

Al respecto, no puede obviarse que si bien resulta de las constancias obrantes en autos que esa otra comunidad: "obtuvo el **7/5/2012** un dictamen del CODECI y el **16/5/2012** una resolución de la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Río Negro que reconocieron como persona jurídica a la Comunidad Mapuche denominada `Lof Colhuan—Nahuel´ con `domicilio en la calle Tejada Gómez 7170, B° Virgen Misionera, km. 7,2, Manzana 652 ladera´" (Conforme indagatoria de Matías Daniel Santana, los destacados son propios), si se atiende a la señalada fecha de reconocimiento, los tramites habrían sido iniciados cuando Betiana Ayelén Colhuan y el referido Santana contaban, respectivamente, con 11 y 15 años (fechas de nac. 13/4/2001 y 23/12/1996, respectivamente).

En definitiva, la cuestión se vincula al imperativo del *favor rei* derivado del principio de inocencia (art. 18 CN), por lo que menester es evocar que: "…si [la inocencia] se presume, sólo cabrá atribuir la condición de autor del hecho delictivo a un acusado cuando, visto el resultado del juicio, existe certeza probatoria de que realmente lo es. Tal clase de certeza es la única llave que puede franquear al juzgador en su discurso la puerta de salida del *recinto* de la presunción de inocencia y acceso

al de la incriminación. La duda al respecto no goza de semejante virtualidad, que es por lo que la acción sobre la que se proyecte permanecerá, mientras la misma subsista, dentro de ese primer ámbito" (Ibáñez, Perfecto Andrés; "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 82/83, el resaltado no pertenece al original).

Así, sobre el ligamen entre inocencia e *in dubio pro reo* se ha señalado que: "…decir *in dubio pro reo* es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia, en una de sus dimensiones, con actualización en un preciso momento de la experiencia procesal sobre cuyo conjunto esta última se proyecta. A saber, cuando la apreciación del resultado final de la actividad probatoria del juicio provoca en el juzgador una situación de duda" (*Ídem.*, p. 86).

En igual dirección, cabe memorar que: "…sólo la certeza positiva sobre la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda *stricto sensu* y aun la probabilidad (positiva) determinarán su absolución. Es en este momento donde impera con total amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales *excluyentes* de la certeza…" (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derecho humanos", CELS, Buenos Aires, 2000, p. 75).

En el mismo sentido, enseña Ferrajoli que: "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera.

Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria. Evidentemente, ni siquiera la falsedad de una contrahipótesis puede ser demostrada de manera concluyente si no estamos seguros de la falsedad de sus implicaciones probatorias y de la verdad de la premisa general que establece tales implicaciones. Sin embargo, hace falta que resulte totalmente implausible por incompatible con alguno de los datos probatorios recogidos" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", tercera edición, Trotta, Madrid, 1995, p. 151).

De tal modo, el principio de inocencia impide la *poena extraordinaria* o "pena de sospecha" en los casos en que -se insiste- no existe certeza respecto de la comisión de un delito (Cfr. Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", T. I, Fundamentos, 2da ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 495; Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal", trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 112).

En razón de ello, categóricamente se ha entendido que "…el principio tiene un claro contenido y es siempre el mismo, sea cual fuere su formulación: si existen dudas no se puede condenar" (Nieva Fenoll, Jordi, "La duda en el

proceso penal", Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 67).

Bajo esta directriz, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que: "…**la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia**, el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme" (CIDH, caso "López Mendoza vs. Venezuela". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1/9/2011. Serie C N° 233, § 128, el destacado no obra en el original)

En definitiva, tal como lleva dicho nuestro cimero tribunal en su precedente "Carrera": "frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* (arg. Fallos: 278:188) imponen […] inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado" (Fallos: 339:1493).

Así, atento a lo señalado, lo cierto es que la prueba reunida no permitió superar el estado de duda razonable acerca de la efectiva concurrencia del elemento subjetivo del injusto. En efecto, de la lectura de la sentencia se desprende que, con estricto apego al referido mandato del *favor rei*, no existe acreditación suficiente de la responsabilidad de los encausados en orden a los episodios analizados, desde la imposibilidad de afirmar, con el grado de certeza exigido, que hayan obrado con intención de usurpar.

A ello se suma que los elementos necesarios para resolver la cuestión aparecen ya incorporados a lo largo del dilatado desarrollo del proceso y del debate, de modo que la remisión a un nuevo juicio importaría un dispendio jurisdiccional que corresponde evitar desde la actuación de este colegio. En definitiva, ateniéndose a la situación fáctica establecida en la sentencia recurrida sobre los puntos objeto de agravio (error *in iudicando*), con más la petición expresa formulada y la interpretación de la ley que se estima aplicable, se impone casar el pronunciamiento impugnado y, en consecuencia, absolver a los encausados.

Por fin, en cuanto al pedido de las defensas vinculado a la imposición de costas a la parte acusadora, existiendo razones plausibles para el litigio (art. 531 CPPN), el mismo debe ser desestimado.

13°) De tal suerte, en razón de todo lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar a los recursos incoados, casar la sentencia recurrida y absolver a Betiana Ayelén Colhuan, Martha Luciana Jaramillo, María Celeste Ardaiz Guenumil, Romina Rosas, Matías Daniel Santana y Yéssica Fernanda Bonnefoi por los hechos materia de acusación, sin costas (art. 75 incisos 17 y 22 CN; 3, 470, 471 y 530 y ccds. CPPN).

Así lo voto.

El señor juez **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

De la atenta lectura de la pieza recurrida, frente a los agravios presentados por las defensas en sus impugnaciones, reforzados en la audiencia oral ante esta instancia, observo -como se adelantó en el voto que lidera el acuerdo- que los fundamentos vertidos por el tribunal *a*

quo no lograron alcanzar los estándares de motivación suficiente, de acuerdo a lo normado por el art. 123 del CPPN.

En primer lugar, asiste razón a la defensa de Betiana Colhuan en cuanto plantea la incongruencia en la argumentación de lo resuelto respecto al pedido de sobreseimiento fundado en la minoridad de edad que detentaba al momento del inicio de los hechos enrostrados, esto es, en los meses de enero y julio de 2018, cuando la acusada tenía 17 años de edad.

En efecto, se observa que el tribunal, pese a afirmar que el delito de usurpación es *"…un delito instantáneo de efectos permanentes"* y especificar que *"…se consuma en el momento en que se despliegan las acciones y los medios comisivos tipificados para cometer el despojo"*, luego cimentó el rechazo del planteo bajo argumentos dogmáticos contrarios a aquella alocución, entendiendo al delito como permanente. Ello se evidencia, por ejemplo, al afirmar que *"…la usurpación de los lotes se mantuvo hasta que los predios fueron recuperados en el mes de octubre del año 2022…"* y que Colhuan *"…en gran parte de ese tiempo, -a partir del día 13 de abril del año 2019- adquirió la mayoría de edad en la que se mantuvo y continuó con las usurpaciones".*

Desde esa aproximación, la fundamentación del tribunal exhibe una contradicción interna insalvable, pues la solución adoptada no aparece debidamente conciliada con la naturaleza del delito que el propio pronunciamiento afirma reconocer -de consumación instantánea- y que incide directamente en el planteo de la parte.

Frente a este escenario, no resulta ocioso recordar que la diferencia esencial entre los delitos permanentes y aquellos de consumación instantánea con efectos permanentes -tal como el tribunal y la doctrina califican al delito de usurpación en trato- radica en el momento consumativo. Así, mientras en los primeros la consumación se prolonga en el tiempo mientras persiste la conducta típica, en los segundos, la consumación se agota de manera instantánea -en este caso, al momento del despojo-, subsistiendo únicamente los efectos o consecuencias de aquella acción ilícita.

No soslayo que el propio tipo penal contempla como un modo comisivo de la conducta típica el mantenimiento en el inmueble, pues refiere que el despojo se logra también "*…manteniéndose en él"* y que el tribunal consideró que eso era lo que "*…ha hecho Betiana Aylén Colhuan en su mayoría de edad junto con las demás acusadas"* pues "*…inició las usurpaciones siendo menor de edad, se mantuvo -continuó en ellas- y permaneció como mayor de edad hasta su finalización en el mes de octubre del año 2022, momento en el que se recuperaron y restituyeron los lotes despojados*", pero lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia ha afirmado que el mantenimiento como verbo típico se configura cuando el agente invoca un título que no es aquel en virtud del cual se encontraba en el inmueble (Conf. Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, Andrés José D'Alessio -Director-, editorial La Ley, Buenos Aires, primera edición, 2004, Pág. 555 y siguientes), circunstancia que no es la que se configura en este caso.

Por otra parte, también se advierte arbitrariedad en la determinación del comportamiento típico atribuido a los acusados, toda vez que no se individualizó ni se describió cuáles habrían sido las conductas concretas desplegadas por cada uno de ellos que permitan sustentar razonadamente el juicio de autoría efectuado.

De hecho, de los pasajes de la sentencia surge que se trató a los acusados como parte de un mismo grupo o, al menos, integrantes de la misma comunidad indígena -en el caso la autodenominada "Comunidad Lof Lafken Winkul Mapu", sin delimitar el accionar típico atribuido a cada uno de ellos en forma individual, tal y como es exigido por el principio de culpabilidad.

Así, si bien el *a quo* encontró "*perfectamente probada*" la intervención de Betiana Ayelén Colhuan, Martha Luciana Jaramillo, María Celeste Ardaiz Guenumil, Romina Rosas, Yessica Fernanda Bonnefoi y Matías Daniel Santana, lo cierto es que no logró concretizar conducta típica alguna vinculada a sus personas en los hechos que a cada uno le fueron reprochados. La pertenencia a una comunidad o grupo social, por sí solo, no abastece la necesaria personalidad de la atribución penal que reclama el fundamento de la responsabilidad por el hecho. No hay aquí un tipo penal que exhiba -como delito de peligro abstracto- la sola membresía grupal como supuesto de ilicitud independiente de los delitos concretos, como sucede en la asociación ilícita.

Surge de sentencia que el *a quo* consideró que "*en el escenario y circunstancias en las que se desarrollaron los acontecimientos las conductas de todos los*

intervinientes y lo irrefutable que da cuenta la prueba en la que se asienta la verosimilitud de los hechos imposibilita a esta altura desconocer las ilegales ocupaciones perpetradas por integrantes de esta Comunidad ***'Lof Lafken Winkul Mapu'***. En este punto, cabe señalar que la ilegal ocupación a la que refiere de forma genérica el fallo no tiene relación con el despojo típico que es requerido por la norma penal para configurar el delito instantáneo imputado.

Si bien coincido con el Tribunal en cuanto a que "…*sería absurdo negar que… hubo un despojo y privación del uso y goce de los predios públicos y privados tomados bajo violencia y amenazas*", lo cierto es que el tribunal no pudo demostrar lógicamente que esa conducta prohibida haya sido realizada por los aquí acusados en los hechos atribuidos. Más allá de que no se observe en los sucesos analizados, presupuestos de legitimidad jurídica fundados en derechos de pueblos originarios, tierras ancestrales o criterios normativos análogos -como se ha argüido por las defensas para restar antijuridicidad a lo acontecido- el tipo de injusto escogido en la imputación requiere de la individualización básica de un determinado comportamiento que no aparece comprobado legalmente dentro de la condena.

Surge de las propias transcripciones testimoniales relevadas por el *a quo* en la sentencia que Damián Horacio Mujica, intendente del Parque Nacional Nahuel Huapi cuando se produjo la toma del Ex Hotel IOS, declaró en debate que "…*él realizó una denuncia por ocupación del hotel porque se vieron desconocidos en su interior*". Si bien afirmó que en la toma y conversaciones

que se mantuvieron en esa época estaban los padres de Rafael Nahuel, su tía María Nahuel y Betiana Colhuan y que "*…las personas que ocuparon el predio del hotel se hacían llamar* ***'Comunidad Lof Lafken WinKul Mapu'***", también indicó que *"…Betiana Ayelén Colhuan se presentaba como referente de la comunidad, separándose de la ocupación del hotel".*

Por su parte, Germán Fernández, quien realizó informes respecto del Ex Hotel, manifestó ver "*…personas encapuchadas saliendo del hotel en actitud agresiva*". Aclaró que "*…no pudo individualizar personas porque siempre estaban encapuchados*", salvo a dos sujetos que se trasladaban en un vehículo modelo *"suran"*, quienes al labrarle una infracción *"…le dijeron que eran miembros de la 'Lof Lafken Winkul Mapu'".*

Gerónimo Avelino Colitripay, policía de la provincia de Río Negro, por su parte, testificó que "*…Había personas encapuchadas que amenazaban y tiraban piedrazos y que los encuentros con ellos sobre la ruta eran siempre violentos*".

Carlos Oto Frei, vecino de Villa Mascardi, contó que en la zona se veían "*…personas encapuchadas* [que] *andaban por los predios vestidos con ropa oscura, mangas y cara tapada*".

En lo referido al despojo de la estancia "La Escondida", perteneciente a Magdalena Giménez Tournier y Juan Fergus Grehan, este último declaró que "*…un hombre encapuchado con un menor le gritó cosas, lo insultó, luego vinieron otras personas encapuchadas, -hombres y una mujer- de un lote vecino de Parques Nacionales que estaba*

usurpado, y lo amenazaron con palos…”, por eso al día siguiente hizo la denuncia por usurpación de su propiedad.

Javier Dilernia contó que fue el encargado del predio lindero de “La Escondida” y que en el año 2018 empezó a verse animales y personas en ese predio.

La testigo Cecilia Patricia Oteiza, relató que “…*en un viaje a la ciudad de Esquel a principio del mes de enero del año 2018 se detuvo en Villa Mascardi. Ingresó por un caminito al predio de La Escondida junto con unos policías que tenían que hacer una inspección ocular del terreno; había varias personas en el interior, se escuchaban voces de hombres, mujeres y niños, los vieron de lejos, no tuvieron contacto con estas personas*”.

Con respecto al hecho nuevo -Lote 8- perteneciente a Parques Nacionales, la prueba reseñada en la sentencia deja ver que el tribunal afirmó que “…*las pruebas testimoniales referenciadas en extensión al tratar los anteriores hechos, sumado a la documental e informativa incorporada por lectura”* le permitían dar cuenta de *“…la materialidad delictiva de este suceso que sustenta la ocurrencia de hecho atribuido a Yessica Fernanda Bonnefoi”.*

Conforme la prueba reseñada y la que consta en la sentencia, concluyó que estaba fuera de toda polémica la ocupación ilegal de los predios por la comunidad mapuche “Lof Lafken Winkul Mapu”. Agregó que “…*No se encuentra controvertida la presencia de las acusadas y del acusado Santana en el lugar,* ***dio cuenta de ello el acta de procedimiento de fecha 4 de octubre del año 2022”*** (el destacado me pertenece).

Precisó que la usurpación que se llevó a cabo en el predio contiguo de Parques Nacionales desde el mes de noviembre del año 2017 por parte de la Comunidad "Lof Lafken Winkul Mapu" se extendió meses después tanto al terreno lindante hacia el Sur "La Escondida", como al lindante hacia el Norte "Ex Hotel IOS Villa Mascardi" de Parques Nacionales y señaló que "*…para lograr su cometido, las acusadas y el acusado Santana rompieron los vidrios de la ventana del piso superior del inmueble Ex Hotel IOS de Villa Mascardi, propiedad de Parques Nacionales y cortaron el mástil existente, al tiempo que instalaron una reja color verde cortando el paso del acceso vehicular que habilita el ingreso desde la ruta…*".

Con respecto a "La Escondida" adujo que "*…con el transcurso del tiempo esa primera ocupación (turbación) mutó en el despojo completo de esta propiedad dado que los miembros de esta Comunidad que integran las imputadas y el imputado Santana se asentaron en forma definitiva en el terreno impidiendo el acceso de cualquier tercero no autorizado por ellos por medio de amenazas y violencia*".

La objetiva comprobación de comportamientos ilícitos que se detallaron más arriba resulta un soporte idóneo para llevar adelante la investigación, tomar medidas preventivas, sujetar a sospechosos al proceso y recuperar predios ilegítimamente ocupados; pero requiere en orden a la atribución de responsabilidad penal que se demuestre que los sujetos procesados se vinculan a través de una intervención penalmente relevante con esos injustos objetivos.

Así las cosas, para sustentar la responsabilidad penal, el magistrado *a quo* afirmó que el cuadro de presunciones que mencionó el bloque acusador lo llevaba a arribar a la conclusión asertiva de las responsabilidades endilgadas a los acusados y sostuvo que todas las probanzas incorporadas al legajo, tanto testimoniales como documentales, acreditaban sin resquicio para la duda aquella situación; máxime cuando en el marco del operativo de desalojo realizado en octubre de 2022 se detuvo en el lugar a Betiana Ayelén Colhuan, Martha Luciana Jaramillo, María Celeste Ardaiz Guenumil y Romina Rosas y que, en un tiempo posterior, fueron apresados conforme las órdenes de captura emitidas en fecha 13/10/2022, Yessica Fernanda Bonnefoi y Matías Daniel Santana, respecto de quienes se hallaron pertenencias en el lugar y se encontraban rebeldes.

En definitiva, concluyó que las pruebas valoradas daban cuenta *"…que los nombrados eran parte del grupo asentado en la zona que despojaron"* y que *"…llevaron a cabo las acciones violentas desplegadas a lo largo de estos casi cinco años -desde noviembre del año 2017 hasta 4 de octubre del año 2022- para consolidar las ilícitas* ocupaciones en los lotes usurpados en la zona de Villa Mascardi".

Puntualmente, en lo que respecta a Ardaiz Guenumil, el tribunal sostuvo que la prueba incorporada a la causa permitía ubicarla en la zona de Villa Mascardi desde "al menos" junio de 2021. Sin embargo, dicha circunstancia resulta ostensiblemente ajena al hecho que se le atribuye, toda vez que el despojo correspondiente al

"hecho 3" fue situado por el propio tribunal en julio de 2018, es decir, casi tres años antes.

Es más, al sustentar la coautoría de los acusados, el tribunal afirmó que "*…así como algunos intervinieron primeramente en el comienzo de ejecución del delito, no cabe duda de que otros -los siguieron-, y contribuyeron a la ejecución del hecho porque permitió con sus aportes asegurar los despojos y su eficacia intimidatoria bajo amenazas hacia todas las personas que intentaran ingresar a los lotes tomados y ocupados*".

En tales condiciones, asiste razón a las defensas al sostener que la decisión resulta arbitraria, pues atribuye responsabilidad penal a los encausados sin identificar ni describir un acto concreto de despojo que les sea personalmente imputable.

En lugar de ello, la autoría se construyó a partir de afirmaciones genéricas referidas a la pertenencia a la comunidad, o a la contribución en el mantenimiento u aseguramiento de la ocupación, que resultan insuficientes para demostrar la intervención en el hecho típico cuya realización se les reprocha. Ello, desde luego, con independencia de la valoración que pudiera merecer la permanencia u ocupación comprobada en el año 2022, pues aun cuando tales conductas carecen de justificación normativa, no sustituyen ni permiten tener por acreditada la participación en los despojos que son requeridos por la norma penal.

La conclusión del tribunal vinculada con que Los testimonios traídos al juicio, en especial el brindado por el Intendente de Parques Nacionales Nahuel Huapi -Mujica- y

el propietario de "La Escondida" -Grehan- "…*acreditaron con claridad que las acusadas y Santana irrumpieron intempestivamente en los predios emplazados a la altura del km. 2006 de la Ruta Nacional 40 Sur en el lapso de tiempo mencionado, alegando la posesión de derechos que nunca antes habían invocado",* no luce cierta, puesto que tanto de los propios pasajes relevados por el *a quo* en los fundamentos como en el acta del debate no se observa tal aseveración. Por el contrario, y como ya quedara expuesto más arriba, los testigos refirieron a la presencia de sujetos encapuchados y no individualizados.

No soslayo la publicación de la red social "*Facebook*" a la cual la sentencia hace alusión en la que Colhuan "…*da conocer la necesidad de ampliar el proceso de recuperación del lugar, tomando control territorial sobre la 'estancia La Escondida'*". Sin embargo, aun cuando pudiera interpretarse como una manifestación de adhesión, impulso o promoción del delito, ello no demuestra que hubiera realizado, conjuntamente con otros, la conducta típica exigida por el tipo penal, presupuesto indispensable para fundar una atribución de coautoría como la que le fue impuesta. A ese respecto surgen otras previsiones normativas que pudieran sustentar alguna relevancia penal.

Tampoco abona a la intervención penalmente responsable de los acusados su hallazgo en la fecha del allanamiento o el de sus pertenencias en las casillas montadas en los predios usurpados -documentación personal, vestimenta, elementos domésticos, anotaciones en cuadernos, fotografías, audios, entre otros-. Todo ello, como vengo indicando, si bien da cuenta de una ocupación ilegítima en

los predios usurpados, que resulta por demás injustificada normativamente, no logra demostrar que hayan sido los aquí acusados quienes realizaron el despojo de la posesión típicamente previsto en la norma.

Así, reitero, si tal como lo sostiene el propio tribunal, la usurpación constituye un delito de consumación instantánea, la acreditación de que los acusados se encontraban en el lugar durante los años posteriores al despojo o al tiempo de los allanamientos no resulta idónea para fundar la responsabilidad penal, en tanto no existe prueba que los vincule con la ejecución del hecho al momento de su consumación. Por el contrario, tales elementos únicamente permiten tener por acreditado aquello que el propio tribunal reconoce expresamente: la "*residencia -ocupación ilegítima-*" de los encausados en los inmuebles.

En conclusión, entiendo que la fundamentación resulta arbitraria en tanto pese a reconocer expresamente que la usurpación constituye un delito instantáneo de efectos permanentes y que su consumación se produce en el preciso momento en que se verifica el despojo mediante alguno de los medios comisivos previstos por la ley - en este caso la violencia-, termina atribuyendo a los acusados las consecuencias jurídicas propias de un delito permanente. En efecto, tal razonamiento confunde la persistencia de los efectos del ilícito con la prolongación de la acción típica. Así, la acreditación de la ocupación de los autores en los inmuebles no configura una renovación ni una continuación del verbo típico, sino únicamente la subsistencia de las consecuencias de un desapoderamiento

que no se probó realizado por ellos, con la certeza apodíctica que una condena requiere.

Sostener lo contrario implicaría desnaturalizar la estructura legal del tipo penal, equiparando indebidamente la permanencia de sus efectos a la permanencia de la conducta típica, convirtiendo, por vía interpretativa, un delito instantáneo en uno permanente, en abierta contradicción con la propia premisa dogmática de la que parte la decisión.

Por lo demás, aun poniendo el foco en la ocupación ilegal a la que insistentemente recurrió el magistrado, lo cierto es que debería haber analizado también la incidencia de las mesas de diálogo y los acuerdos que a lo largo de todo el proceso se sucedieron entre la comunidad y los diferentes poderes Estatales. Ello, por cuanto, si bien aclaró que la política estatal concerniente a los pueblos indígenas y la propiedad comunitaria eran temas ajenos a este debate, no podía obviarse la incidencia de aquellos en el transcurso de la ocupación de cara a los elementos subjetivos requeridos por el tipo penal.

En virtud de las deficiencias motivacionales indicadas y de conformidad con la solicitud que la defensa efectuó en la audiencia en esta instancia, corresponderá hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por las defensas, sin costas, anular la sentencia en crisis y reenviar las actuaciones al origen a fin de que, previo apartamiento del magistrado interviniente, se dicte una nueva resolución (arts. 471, 530 y consecuentes del CPPN).

Así voto.

La señora jueza **Angela E. Ledesma** dijo:

En el caso, comparto las consideraciones efectuadas por el juez Slokar y adhiero a la solución que propone.

Tal es mi voto.

En mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR, sin costas, a los recursos de casación interpuestos por las defensas y, por mayoría, **CASAR** la sentencia recurrida y **ABSOLVER** a Betiana Ayelén Colhuan, Martha Luciana Jaramillo, María Celeste Ardaiz Guenumil, Romina Rosas, Matías Daniel Santana y Yéssica Fernanda Bonnefoi por los hechos materia de acusación (art. 75 incisos 17 y 22 CN; 3, 470, 471 y 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase a su origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Guillermo J. Yacobucci, Angela E. Ledesma y Alejandro W. Slokar.

Ante mí: Mariana Andrea Tellechea Suárez, secretaria de cámara.