



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

ACOMPaña BREVES NOTAS. Audiencia 9/08/2023 11:00 hs.

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, en los autos FSA XXXX/2023/2/CFC2 del registro de la Sala IV, caratulados: “*ÁREA DE PUEBLOS INDÍGENAS DE ANDHES, ÁREA DE DEFENSA Y LITIGIO ESTRATÉGICO DE ANDHES; CELS y XUMEK s/recurso de casación*”, me presento y digo:

I. Que notificado de la audiencia del art. 465*bis* del Código Procesal Penal de la Nación, señalada para el 9 de agosto de 2023 a las 11:00, de manera complementaria a mi asistencia presencial a ella, presento estas breves notas que sintetizan la posición de la Fiscalía, todo ello en el recurso de casación interpuesto por el Centro de Estudios Sociales y Legales (CELS) y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES) contra la resolución de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que, el 19/07/2023, confirmó la resolución del juez federal que había desestimado la acción de hábeas corpus planteada por ambas instituciones.

II. Relato de los hechos.

Las actuaciones se iniciaron en virtud de la acción de habeas corpus de carácter colectivo y preventivo, presentada por las Coordinadoras del Área de Pueblos Indígenas de ANDHES -a la que luego adhirió el CELS- en favor de los integrantes de las diferentes comunidades y pueblos indígenas de la provincia de Jujuy, como así también de manifestantes que se encuentran apostados en distintos puntos de las rutas

nacionales que cruzan la provincia, debido a que consideran que se encuentran bajo amenaza actual e inminente de ver violentada su libertad ambulatoria e integridad física durante el ejercicio legítimo del derecho a protestar en la provincia de Jujuy bajo la consigna “No a la reforma constitucional” (se refieren a una reciente reforma de la constitución de la provincia de Jujuy).

El fundamento es que con anterioridad, en la madrugada del 17 de junio, habían acaecido detenciones, aprehensiones y traslado a las dependencias policiales de distintos manifestantes, en el corte de ruta intermitente ubicado en el cruce de la entrada a la ciudad de Purmamarca, por parte del cuerpo de Infantería de la policía local.

En su presentación solicitaron al juez federal que ordene al Ministerio de Seguridad de la provincia, al Ministerio Público de la Acusación y a las Fuerzas de Seguridad Nacionales que se abstuviesen de realizar actos que amenacen o perturben la libertad ambulatoria de los miembros de las comunidades y pueblos indígenas de Jujuy, así como a los demás manifestantes, que ejercen el legítimo derecho de protestar.

También solicitaron que se abra alguna instancia de diálogo o mediación con los manifestantes a fin de evitar hechos represivos que pusiesen en peligro la vida e integridad de las personas beneficiadas con esta acción y se de intervención a la Procuraduría de Violencia Institucional.

Corresponde señalar que, si bien el 17/06/2023 el juez federal se había declarado incompetente para entender en la acción de habeas corpus (y que esa decisión había sido confirmada por la alzada de ese juzgado, la Cámara Federal de Apelaciones Salta), el 29/06/2023 Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, de conformidad con la posición de esta fiscalía, hizo lugar al recurso de casación de los



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

accionantes, revocó la resolución de la cámara, declaró la competencia de la justicia federal de Jujuy y, en consecuencia, remitió las actuaciones al juzgado federal para que continúe con el trámite de la causa.

Reasumida la competencia, el juez federal celebró la audiencia, con apertura a prueba, y rechazó la acción de habeas corpus.

Para así decidir, consideró que la libertad ambulatoria de los beneficiarios de la acción de habeas corpus no se hallaba amenazada. Sostuvo que desde que había tomado intervención en su calidad de juez de garantías (el 20/6/23) las fuerzas habilitadas siempre habían actuado en resguardo al derecho a la protesta y en especial de la integridad física de las personas que se encuentran realizando manifestaciones en las rutas nacionales. Afirmó: *“los hechos se vienen desarrollando en absoluta tranquilidad, mediando la paz, el diálogo y evitando el conflicto con los referentes de los grupos manifestantes”*.

En este orden de ideas, sostuvo que los derechos fundamentales de los manifestantes se encontraban suficientemente resguardados por la existencia de órdenes o autorizaciones judiciales que habilitaban la intervención de las fuerzas de seguridad, razón por la cual no se avizoraba que las situaciones vividas días atrás pudieran llegar a repetirse, por lo que no existía una amenaza “actual o inminente” en los términos del habeas corpus preventivo intentado.

Finalmente, afirmó que, sin perjuicio de lo expuesto, los hechos denunciados no debían ser ignorados a la hora de adoptar una decisión, en virtud de su gravedad y del estado de profunda conmoción que habían generado en el ánimo de la sociedad. Por ello -luego de denegar la acción de habeas corpus intentada- dispuso: *“HACER SABER al*

Ministerio Público Fiscal Federal y a las autoridades de ambas fuerzas destinatarias de las aludidas órdenes emitidas por el suscripto en mi carácter de Juez Federal de Garantías, es decir, a las autoridades de Gendarmería Nacional Argentina y Policía de la Provincia de Jujuy, teniendo en cuenta el contexto social dentro del cual se desarrollan las manifestaciones, en las que intervienen familias enteras incluidos ancianos, niños, niñas y adolescentes de distintas edades, colectivo éste último destinatario de una especial protección tanto en el ámbito legislativo local como internacional, principalmente a través de la Convención de los Derechos del Niños que establece como principio rector en situaciones de ésta naturaleza el interés superior del niño, que al momento de su intervención deberán ajustar su proceder a lo dispuesto por el Protocolo de Actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales en Intervenciones con Niños, Niñas y Adolescentes, establecido mediante la Resolución N°517/2022 del Ministerio de Seguridad de la Nación, de fecha 4/08/2022, de plena y absoluta vigencia en el ámbito federal”.

Aquella resolución fue apelada por los accionantes (CELS y ANDHES). Empero, la Cámara Federal de Salta confirmó la decisión. El *a quo* sostuvo que no se había configurado un supuesto de limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente (art. 3, inc. 1°, de la ley 23.098) en tanto la justicia federal había dictado dos resoluciones, del 20/06/23 y del 08/07/23, sobre los cortes de rutas nacionales en Jujuy por las que libró órdenes y fijó pautas de actuación para las fuerzas federales y provinciales.

Contra esta última es que los accionantes interpusieron el recurso de casación en trámite.



III. Los recurrentes consideraron infundada la decisión que confirmó el rechazo de la acción intentada. Afirmaron que el habeas corpus preventivo resultaba ser un recurso judicial efectivo ante la existencia de una *“amenaza actual a la libertad ambulatoria, integridad física y vida del colectivo sujeto a una tutela judicial especial en contextos de manifestaciones públicas”*.

Sostuvieron que existían razones fundadas para presumir que las fuerzas de seguridad podrían intervenir en el marco de las manifestaciones que se están llevando a cabo en la actualidad en la provincia de Jujuy y que existía una posibilidad cierta de repetición de las afectaciones a la libertad ambulatoria y a la integridad personal de los manifestantes. Indicaron que el riesgo se fundaba en la posible repetición de hechos de represión policial del 16 y 17 de junio de 2023 y en que las órdenes judiciales impartidas habían sido genéricas, escuetas e insuficientes para evitar violaciones a los derechos fundamentales, en tanto *“no brindaban detalles sobre cómo debía ajustarse en términos concretos y específicos el actuar de las fuerzas de seguridad”*.

Por ello, concluyeron en que: *“El hecho que hayan existido prácticas abusivas e ilegales por parte de los funcionarios estatales, sumado a la falta de reglas, pautas y límites claros para su intervención, facilitó en aquel momento y facilita, al día de hoy, la repetición de escenarios de represión como los ocurridos...”*.

IV. En primer lugar, la Cámara Federal de Casación Penal es competente para entender en el caso, como tribunal intermedio previo a la Corte en este proceso especial, en razón de lo resuelto por el alto tribunal en Fallos: 330:4413 “Urquijo”.

En cuanto a su naturaleza, se trata de un habeas corpus colectivo, que también ya ha sido admitido por la Corte en el caso “Verbitsky” (Fallos: 328:1146).

Es un habeas corpus de tipo preventivo que, cabe recordar, opera cuando la privación de la libertad no se ha concretado, pero existe la amenaza cierta de que ello ocurra (art. 43 CN). Tal como señala Sagüés, esta categoría de habeas corpus tiene sus exigencias particulares, a saber: debe tratarse de un atentado a la libertad decidido y en próxima “*vía de ejecución*” y la amenaza a la libertad debe ser “*cierta, no conjetural o presuntiva*”. El autor citado señala que, por tal razón, según señaló la Corte Suprema en la causa “Codovilla, Victorio”, se requiere la demostración de la positiva existencia de la amenaza o restricción a la libertad (Sagüés, Néstor Pedro, “Habeas Corpus”, 4ta edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2008, págs. 236/7).

A su vez, en la obra citada se reseña el caso de un habeas corpus preventivo interpuesto en favor de “piqueteros” y señala que su rechazo se debió a que no habían existido “*indicios vehementes que permitieran suponer que, ateniéndose al respeto que los bienes jurídicos de otros también merecen, y al acatamiento de la razonable actividad administrativa policial propuesta, los manifestantes piqueteros fueran a sufrir una merma en su libertad individual* (TCrim n° 3 de feria Mar del Plata, 30/07/01, LL, 2001-F-255).

Ahora bien, como reseñé, en el caso de autos los accionantes fundaron su pretensión en la necesidad de dar amparo a la libertad ambulatoria e integridad física de un grupo de manifestantes, la que se habría visto amenazada (ahora) debido a una suerte de pronóstico de futura actuación de las autoridades, fundado en el antecedente de las detenciones, aprehensiones y el traslado a las dependencias policiales,



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

practicadas en la madrugada del 17 de junio por parte del cuerpo de Infantería de la Policía local.

Ahora bien, en el caso de autos no se observa la existencia de alguna amenaza concreta en ciernes de autoridad pública, ningún peligro más o menos identificable que se encuentre en gestación, de que en cualquier momento se puedan producir restricciones ilegales a la libertad u ofensas a la integridad física de los actuales o futuros manifestantes. Quizás ello podría ocurrir, pero no es lo que está ocurriendo en este momento. Esta comprobación es relevante porque la circunstancia presagiada por los accionantes al faltarle actualidad, se inscribe en otro terreno, el de las previsiones legales. Todo lo que se denuncia ya está prohibido por la ley y, como en cualquier delito o injusto, quienes incurran en tales prácticas quedarán sometidos a la acción de la justicia.

Entiendo que la acción intentada entremezcla el plano de la justicia preventiva con el de la represiva. El Poder judicial carece de competencia para ordenar a las autoridades que no cometan futuros delitos o violaciones a las leyes, es decir, que hagan lo que deben hacer y no hagan lo que tienen prohibido hacer (art. 19 CN). Esas prohibiciones y mandatos están prescriptos en la Constitución Nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos y las leyes nacionales.

Si bien esta no es una causa penal (la justicia represiva opera sobre actos delictivos pasados, consumados o en grado de tentativa), cabe señalar que también el habeas corpus preventivo se inscribe en situaciones en las cuales también debe existir una ofensa actual y concreta, esta es, una amenaza de lesión a los derechos de libertad ambulatoria y física, no en mero un pronóstico. Esa amenaza debe ser un acto de

autoridad, ilegal y, por lo menos, tener cierto comienzo de ideación y/o ejecución, idóneo.

VII. El problema constitucional de fondo.

Paralelamente a los requisitos formales y materiales del habeas corpus preventivo, en este caso se encuentra involucrado un aspecto de la libertad de expresión de jerarquía constitucional (arts. 14, 32 y 43 CN; art. 13 CADH). Las manifestaciones públicas, las marchas, los piquetes, etc., son “conductas expresivas”, comunicaciones de mensajes realizadas mediante acciones. La razón de la protección constitucional no consiste en que se trata de expresiones no verbales, porque se ha visto que también pueden estar amparadas las gestuales, como un determinado saludo o el uso de distintivos o ropas que simbolizan ideologías o pertenencia a grupos o asociaciones. Para Ely, lo que diferencia otros actos, como un asesinato o un daño, no es que no sean expresivos, **sino que el efecto que causan no emana del mensaje que transmite el acto**, porque un asesinato o daño es perjudicial incluso si nadie ve en ello un elemento expresivo; en cambio, un saludo determinado (levantar el brazo para los nazis) o el uso de específica vestimenta (brazaletes, capuchas, togas, etc., para el Ku Klux Klan) pueden causar problemas porque la gente conoce su significado¹.

Las protestas sociales están amparadas por la genérica libertad de expresión, porque son esenciales para la existencia de la sociedad democrática. Inclusive, aunque su ejercicio sea preponderantemente pacífico, se admiten algunos desórdenes y excesos. Y esto se sabe, por lo menos, desde hace un siglo y medio. Cuando a lo que hoy llamamos libertad de expresión se lo denominaba libertad de prensa a

¹ Ely, John Hart. *Democracia y Desconfianza*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 142, nota al pie.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

secas (ver la denominación de nuestros viejos arts. 14 y 32 CN de 1860), Madison había advertido: “Algún grado de abuso es inseparable del adecuado uso de cada cosa; y en ninguna instancia es esto más cierto que en la de la prensa” (4 *Elliot’s Debates on the Federal Constitution* [1876], p. 571), citado en el caso “New York Times vs. Sullivan”, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, 376 U.S. 254, 270 (1964).

Ella se inscribe en uno de los aspectos de la libertad de expresión que, desde el punto de vista penal pueden ser tratados en el estamento de la teoría del delito de las causas de justificación, especialmente en el ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4° CP).

Lamentablemente, es conocida la práctica forense de leer la Constitución desde el Código Penal y no al revés como debería ser, con lo cual es sencillo encontrar en el Código represivo buena cantidad de tipos penales que -leídos literalmente y sin considerar los preceptos constitucionales y convencionales- habilitarían el castigo, tales como las coacciones, amenazas, interrupción y entorpecimiento de vías de comunicación, sedición, resistencia a la autoridad, desobediencia a la autoridad, pequeños daños, etc., etc.

Como sabemos, la consideración del derecho a la libertad de expresión opera solo si se ha comprobado la producción una ofensa a los derechos de terceros. Si no existiera daño o peligro a los derechos de los demás, las conductas serían inocuas y nos bastaría con la protección del art. 19 CN que deja la represión de tales actos fuera de la competencia los magistrados.

Pero la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención Americana prevé la posibilidad de

establecer restricciones, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (CIDH, caso “Herrera Ulloa”, párr. 120. Cfr. además, caso “Lagos del Campo vs. Perú”, párrs. 98 y 102; y caso “López Lone vs. Honduras”, párr. 168).

Específicamente, respecto de este asunto, la Corte Interamericana afirmó: *“Este tribunal ya ha señalado que el uso legítimo de la fuerza y otros instrumentos de coerción por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado debe ser excepcional y sólo utilizarse cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control, distinguiendo imperativamente, en tales circunstancias, entre quienes, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave para sí o para terceros y quienes ejercen sus derechos a manifestarse y no presentan esa amenaza. Además, la Corte ha enfatizado en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. En consonancia con lo anterior, en circunstancias de protesta social y manifestaciones públicas los Estados tienen la obligación de adoptar medidas razonables y apropiadas para permitir que aquéllas se desarrollen de forma pacífica, si bien no pueden garantizar esto en términos absolutos y tienen amplia discreción para elegir los medios por utilizar para tales efectos”* (Corte IDH, caso “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28/01/2009, párrafos 166, con cita de casos “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela., sentencia de 5/7/ 2006, Serie C No. 150, párr. 67 y caso “Zambrano Vélez



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

y otros vs. Ecuador”, sentencia de 4/7/2007, Serie C No. 166, párrs. 65, 83 a 85).

Sobre el estándar fijado tanto por la Corte IDH como por la CIDH y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal en contextos de manifestaciones y protestas sociales, la Comisión ha efectuado una serie de recomendaciones a los cuerpos y agencias de seguridad intervinientes que se encuentran sintetizadas en el documento editado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Protesta y Derechos Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

Existe el deber de los estados de arbitrar todos los medios para proteger la vida y la integridad física de las personas en el contexto de protestas, ya sea de actos cometidos por agentes públicos o por terceros; la necesidad de que el uso de la fuerza se ajuste a estrictos principios de excepcionalidad, necesidad, progresividad y proporcionalidad. Y, en virtud de ellos, que el uso de armas de fuego con municiones letales casi nunca se haya justificado en el contexto de manifestaciones, por lo que su portación por parte de agentes de seguridad debe ser restringida en estos operativos y que el uso de armas menos letales sea regulado estrictamente. Así como también, el deber de registrar todo incidente que haya implicado el uso de cualquier tipo de armas por parte de las fuerzas de seguridad, aun cuando no haya afectado la integridad de alguna persona y el deber de llevar a cabo un registro

detallado de las órdenes impartidas, los funcionarios participantes y sus niveles y áreas de responsabilidad en el operativo y realizarse una evaluación posterior de las acciones realizadas; también se debe llevar un registro de las armas y equipamiento asignados a los agentes del orden, adiestrándoles constantemente sobre su uso apropiado. Los operativos de seguridad e intervenciones del Estado deben poner atención a la protección especial que debe prestarse a determinadas personas o grupos tales como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes las personas con algún tipo de discapacidad o los adultos mayores, así como los grupos que defienden los derechos de las personas LGBTI para garantizar sus derechos en el contexto de las manifestaciones; debe garantizarse la pronta y efectiva asistencia médica en los casos en los que resultaran personas lesionadas o descompuestas en el marco de una manifestación, cualquiera sea la causa y el responsable; no deben realizarse detenciones masivas, colectivas o indiscriminadas; las detenciones basadas en el sólo hecho de participar de una manifestación pública o protesta no cumplen los estándares de razonabilidad y proporcionalidad; entre otros, que, por su extensión, resulta sobreabundante reseñar en el presente.

Por ello, las fuerzas de seguridad que intervienen en el marco de protestas sociales no están habilitadas para reprimir a quienes ejercen su derecho a manifestarse y peticionar a las autoridades, en principio, de una forma pacífica. La idea originaria del desarrollo de este derecho, es que las autoridades ¡deben proteger, asegurar, a quienes protestan! (se llama doctrina del orador parado en la esquina de la calle).

VIII. Este habeas corpus.

En este caso todo lo dicho está sujeto a un sinfín de circunstancias que aún no han comenzado, ya que no hay una amenaza



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

ilegal cierta, concreta e inminente de restricción de las libertades físicas de los manifestantes.

Por ello, como adelanté, entiendo que la acción de habeas corpus preventivo -en este caso particular- no resulta ser la vía adecuada pues intenta “prevenir” hechos que ya están prohibidos en la ley, para el caso de que se concreten.

Con ello queda contestado el agravio referido a la indeterminación de la orden dada por el juez de garantías -citada en la resolución del juez federal- sobre cómo deben proceder las fuerzas de seguridad.

Cabe señalar -a modo de digresión- que el magistrado, al decir que deben respetar un determinado protocolo, ley o lo que sea, incurre en una redundancia, y en una actuación para la que no tiene competencia, porque la previsión de las conductas punibles está reservada al legislador nacional (art. 75, inc. 12, CN). Se trata de una orden de cumplir la ley y la Constitución, lo cual carece de cualquier valor jurídico, porque el Poder Judicial no puede ejercer competencia del Congreso, y si las autoridades no observan las leyes comenten delitos previstos en la ley penal, no el de desobediencia a un juez que les ordenó tal o cual cosa. La situación es un tanto grotesca: en lugar de cometer privación ilegal de la libertad y lesiones, incurrirían en desobediencia a la orden judicial.

Resta señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido un comunicado -en virtud de los hechos ocurridos en Jujuy en el mes de junio- en dónde afirmó que Argentina debía respetar los estándares de uso de la fuerza en las protestas sociales que se estaban llevando a cabo en la provincia de Jujuy. Ello, en virtud de

que la protesta social es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese mismo orden de ideas, porque no se trata de una causa penal, sino de una acción que admite mayor elasticidad en el tratamiento de los diversos temas que componen los casos, y por el alcance nacional de las las decisiones del máximo tribunal penal federal del país, en un caso de grave, de interés público en una sociedad democrática, y de susceptible repetición, solicitaré a la Casación que explicita los estándares jurídicos que rigen las protestas sociales y manifestaciones de este tipo, de conformidad con lo que aquí se ha argumentado.

IX. Por todo lo expuesto, considero 1) que corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la resolución impugnada; 2) que la cámara de casación debe explicitar los estándares jurídicos que rigen casos como el presente.

Fiscalía N° 4, 9 de agosto de 2023.

GDLC

Javier Augusto De Luca
Fiscal General