

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 16 de agosto de 2016. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "WRIGHT, DIEGO Y BARBOSA MOYANO, DOLORES MARÍA C/ VILLAGRA CARLOS DARIO Y OTROS S/ REIVINDICACION (Ordinario)" (R.C. 00596-15) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaria, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. CUELLAR dijo:

Corresponde resolver la apelación interpuesta por la Sra. MARIN y por el LOF LAFKENCHE (fs. 459) contra la sentencia que receptara la demanda reivindicatoria de los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO (fs. 442/450), concedida libremente con efecto suspensivo (fs. 460), fundada (fs. 527/537) y sustanciada (fs. 539/547).

Luego de haberme impuesto de los términos que signaran los escritos compositivos del juicio, con arreglo a los agravios y a la prueba reunida y al derecho aplicable, estoy persuadido que ninguna de las críticas de los apelante son atendibles.

#### 1. Virtual deserción.

Liminarmente debo prevenir cómo strictu sensu los agravios a estudio están borderline con la deserción recursiva.

En efecto: mientras, de un lado, el Juez de grado apuntó su decisión de aceptar la demanda, luego de sortear valladares puramente formales como la falta de legitimación activa y pasiva, en que los Sres. VILLAGRA y OTROS no acreditaron el recaudo constitucional referido a la posesión ancestral de las tierras en disputa en cambio, de otro, los recurrentes acotaron sus agravios a una suerte de virtual reenvío a sus previos argumentos ya suficientemente debatidos y juzgados pero, en definitiva, sin hacerse suficiente cargo no ya tan sólo de aquella premisa esencial sino, inclusive, de otras complementarias con lo cual, en cualquier caso, el respectivo memorial se incribe dentro del ámbito de la apariencia jurídico-procesal sin etiología ninguna para revertir lo resuelto en 1a. instancia.

Luego: resultando todo el memorial una reproducción cuasi-literal de los mismos argumentos ya propuestos a consideración del juez de grado (ver demanda de fs. 114 y

sgts. de consuno con el alegato de fs. 409 y sgts.) puede verse sin hesitación ninguna posible, aún pese al criterio amplio vigente en materia de apreciación del memorial de agravios, que directamente no hay de parte de los recurrentes ninguna crítica concreta ni razonada de la resolución en crisis por lo que su recurso debiera declararse desierto sin más trámite al no haber satisfecho mínimo *minimorum* las exigencias legales adjetivas (art. 265 y 266 Código Procesal) .

El memorial presentado por un recurso en relación debe necesaria y fatalmente representar un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante entiende que lo perjudica. El hecho que la crítica sea razonada importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de los motivos por los cuales el Juez hubo errado en su decisión. El memorial constituye la demanda con que se inicia la instancia, de forma que sin ella no hay juicio de apelación (Costa, E., "El recurso de apelación", p. 152). En la vía de apelación (impugnación por errores *in iudicando*) la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos fue errada (porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, incompleta, se omitieron considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (porque no se aplican las normas previstas, su alcance es distinto, etc.). Cuando el memorial no contiene los elementos mínimos necesarios para su procedibilidad el recurso debe declararse desierto, ya que en tal caso la impugnación realizada carece de eficacia suficiente. La ley requiere un análisis razonado y crítico del fallo, es decir la demostración de los motivos que se tienen para considerarlo equivocado, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa no puede haber agravio que atender en la Alzada pues, por falta de suficiencia técnica, no existe su cabal expresión. La autonomía en el propósito revisor impide que la expresión de agravios se autoapoye en un indebido reenvío a consideraciones anteriores, porque se trata de satisfacer una carga técnica temporalmente única y concentrada. Como casi siempre es más difícil hacer un fallo que anotarlo el esfuerzo rectificatorio que se busca en la Alzada para obtener su modificatoria o revocación debe ser concreto, circunstanciado, razonado, crítico, objetivo, serio y adecuadamente motivado. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado, o sea que debe decirse cuál es el agravio. Y lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, es decir que debe exponerse por qué se configura el agravio. La ley requiere primero que el apelante seleccione el argumento del discurso del Magistrado que constituya la idea

dirimente por conformar la base lógica de la decisión, luego que señale cuál punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o interpretación jurídica que llevarán al ulterior desacierto concretado en la sentencia; si el memorial no se formula así resulta derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada. Hay así una necesidad imperiosa por parte del recurrente de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de posibilitar el contralor jurisdiccional propio de la 2a. instancia; si falta ese juicio de ponderación razonado, si faltan esas argumentaciones, la Alzada carece del material indispensable para confrontar los argumentos del Juez a quo con los que -de contrario- aduce el apelante. El memorial debe autoabastecerse lo cual implica que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa pues el recurso debe bastarse a sí mismo; sin que quepa remitirse a los argumentos sostenidos en 1a. instancia, ya que ello no cumplimenta la carga de rebatir pormenorizadamente los fundamentos básicos esenciales que sirven de apoyo a la sentencia. La remisión a presentaciones anteriores o su reproducción o las simples manifestaciones, por resultar inoficiosas y haber sido ya juzgadas, no suplen la formulación de una impugnación categórica y específica del pensamiento del Juez; deficiencias todas ellas que no pueden ni deben suplirse de oficio por la Alzada porque la carga de agravarse como marca la ley es un imperativo del propio interés del recurrente. El memorial, entonces, debe alcanzar un mínimo de suficiencia técnica, desarrollando en forma completa y acertada argumentos que patenten la pertinencia de lo aseverado e ingresando en un análisis integral de los presupuestos fáctico-jurídicos que desarrolló el Juez, para evitar la deserción. Si el agravio constituye una reproducción casi literal de una presentación anterior, o la queja se insinúa con fundamento en lo expresado antes de la sentencia, no hay crítica concreta ni razonada; es que no cabe repetir argumentos manidos ni perseverar en una copia de escritos, sino tomar cuanta racionalmente de lo dicho por el Juez para rebatirlo con nuevas ideas. Así como no corresponde auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, del mismo modo tampoco procede una libérrima actitud oficiosa que -superando a la justicia rogada- termine provocando una lesión disfuncional al principio de bilateralidad. Como correlato forzoso de la aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia del memorial trae aparejado el consentimiento tácito de la sentencia en crisis. Cuando el memorial carece de suficiencia técnica, como sucede si se limita a reproducir consideraciones o fundamentos formulados en escritos anteriores y hacer una

impugnación del fallo en términos generales sin exponer las causas por las que se lo considera equivocado, el mismo no alcanza a reunir el nivel mínimo y conduce a la deserción. En suma: no obstante el criterio restrictivo que rige en torno a esta sanción si el escrito no cumple de modo manifiesto la carga procesal referida a la necesidad de articulaciones razonadas, fundadas, y objetivas sobre errores de la sentencia, puntualizados mediante un análisis crítico de tal forma que la misma ha de perder su jerarquía de verdad conclusiva, fatalmente debe llegarse a declarar su deserción (cf. in extenso Falcón, E., "Código...", T° II, págs. 422 y sgts.; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° III, págs. 332/375; Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, págs. 599 y sgts.; Carrió, G., "Cómo argumentar y estudiar un caso frente a un Tribunal", Rev. Jus, La Plata, N° 25, p. 43; Alsina, H., "Derecho Procesal", Vol. IV, p. 389/390; Ibañez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el proceso civil", p. 43; etc.).

Mi primer conclusión: si bien en puridad técnico-procesal correspondería declarar desierto el recurso, porque lo precedentemente consignado es de fácil constatación, obiter dictum para no quedarnos, sin embargo, con una respuesta meramente formal en un proceso que ya lleva casi 6 años de trámite, creo útil tener en cuenta, en cualquier caso, las siguientes circunstancias dirimientes complementarias.

## 2. La legitimación activa.

Una atenta lectura de la manida escritura N° 26 (fs. 5/11), con arreglo a lo que al respecto expusiera en la parte pertinente del considerando anterior, patentiza que la crítica direccionada por los apelantes contra las conclusiones del Juez a quo no resiste ningún tipo de análisis.

En efecto: los términos de dicho instrumento público, a la luz de lo edictado por la ley (arts. 2790 cit. y cdt. vigentes tanto a la época de los hechos relevantes del caso como a la del dictado de la sentencia), no dejan lugar a ninguna duda mínimamente seria ni razonable en punto a la plena aptitud procesal de los actores para demandar como hicieron, aún careciendo de tradición y posesión, pues ut supra vimos pueden prevalerse al respecto de los sucesivos títulos de sus antecesores dominiales; lo cual es así sobre todo si el testamento de quien en vida fuera la Sra. Jacobs de Jordan hubo resultado judicialmente validado y registralmente inscripto (fs. 235/240 y sgts.).

Al contrario pues de lo que interpretan los recurrentes hizo muy bien el Juez a quo en tener por acreditada la legitimación activa exclusivamente con el texto de la escritura referida, limitándose a referir a los antecedentes dominiales, porque de eso trata el juicio de reivindicación, a diferencia de los interdictos o los desalojos, sin perjuicio de que

existan otras circunstancias complementarias como, por ejemplo, la encomienda profesional hecha en su momento al Agr. Posse nada más y nada menos que para mensurar los lotes en litigio (ver fs. 3/4 causa "VILLAGRA, CARLOS DARIO S/ USURPACION" -Expte. N° 411-7-07 Juzgado de Instrucción N° 4 Secretaría N° 7-) o el pago de impuestos y tasas referidos a los mismos (fs. 45/56 causa cit. y fs. 17/42 de autos), hechos ambos que denotan un incuestionable ejercicio del señorío dominial detentado por los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO direccionado a obtener la posesión.

Insisto: los actores probaron, y con creces, su derecho de dominio del que, a su vez, deriva su derecho reivindicatorio de la posesión precisamente para perfeccionar el primero.

Sobre la materia reivindicatoria específicamente hube advertido antes de ahora como Juez de grado (cf. v.gr. casos "VARISE", "NIEVA", "GARCIA SUSINI Y OTRA", etc.) cómo la perpetuidad que caracteriza el dominio hace a dicho derecho independiente de su ejercicio y cómo, por lo mismo, entre las facultades inherentes a la propiedad se cuenta justamente, con especial referencia los actos materiales de uso y goce de la cosa, el derecho de poseerla como consecuencia del cual, a su vez, el propietario tiene el derecho reivindicatorio destinado a recuperarla en caso de haber sido privado de aquella (arts. 2510 y 2513 Cód. cit.).

La jurisprudencia concordante ha dicho que no corresponde cuestionar la legitimación del actor para promover la acción reivindicatoria cuando el mismo acredita la titularidad del dominio del inmueble reivindicado dado que dicha acción, en virtud de lo dispuesto por el art. 2758 del Código Civil nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a poseer con independencia de la posesión misma (CNCiv., Sala A, 3-11-99, LL 2000-C-477) .

Ya Vélez, siguiendo enseñanzas de Demolombe, se refirió a tales conceptos (cf. notas a los arts. 497 y 2502 y también al Título 4 del Código Civil) diciendo, en esencia, que DERECHO REAL es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata de manera que no se encuentran en ella sino dos elementos: la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto. Se llama al contrario DERECHO PERSONAL aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o derecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren tres elementos a saber: la persona que es sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el

deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto. Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente... La persona a la cual pertenece un derecho real puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación..." (nota al Título 4 del Código Civil: De los derechos reales). "La causa eficiente del derecho real es la enajenación... El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto no hay intermediario alguno, y existe independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra. Por el contrario el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse a una persona especialmente obligada a él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal" (nota al art. 2502 Cód. cit.).

El precedente orden telético se completa con las disposiciones legales pertinentes (arts. 2503, 2505, 2506, 2507, 2508, especialmente 2510, 2513, 2514, 2515 y 2523 Cód. cit.). Quizás merezca particular atención, por la reiterativa línea de argumentación elucubrada por los recurrentes, la cuestión sobre que los actores (titulares dominiales) nunca poseyeron dicho bien.

Precisamente hubiese resaltado antes una norma en especial (art. 2510) porque se refiere a la perpetuidad dominial como una de las condiciones típicas del derecho real en estudio, en virtud de la cual el dominio es independiente de su ejercicio no pudiendo extinguírsele sino indirectamente por medio de la prescripción adquisitiva lograda por un tercero poseedor, de lo cual se sigue a su vez que la acción reivindicatoria sea imprescriptible (art. 4023 Cód. cit.); y tan es todo esto así que ni siquiera el abandono de un inmueble puede transformarlo en bien vacante del dominio privado del Estado (art. 2526 Cód. cit.). La perpetuidad es la consecuencia directa y necesaria del carácter absoluto del dominio y por tanto resulta inherente a la naturaleza misma de la propiedad.

Complementariamente no puede ni debe soslayarse que entre las facultades inherentes al derecho de propiedad con especial referencia a los actos materiales de uso y goce de la cosa se cuenta, justamente, el derecho de poseerla como consecuencia del cual, a su vez, el PROPIETARIO tiene el derecho de reivindicación destinado a recuperarla en el caso de haber sido privado de aquélla (art. 2513 Cód. cit.). En particular los actos de exclusión de terceros son considerados generalmente como simple consecuencia del señalado carácter exclusivo de la propiedad (Planiol y Ripert, "Traité Elementaire de Droit Civil", Tº III, Nº 212, 216 y 218; idem Baudry-Lancatinerie y Chauveau, "Précis", Nº 209 y 210), de manera que le corresponden al propietario y deben ser respetados aún

en la hipótesis que el uso que los terceros quisieran hacer de su cosa no le causara perjuicio alguno.

Precisamente a este respecto doctrina y jurisprudencia coinciden al señalar, comentando la norma específica referida a la acción real motivo del juicio (art. 2758 Cód. cit.), que el COMPRADOR de un inmueble puede ejercer la acción reivindicatoria contra un tercero poseedor aunque no haya tenido personalmente la posesión, invocando la que tuvieron sus antecesores en el dominio, ya que la venta importa la cesión implícita de todos los derechos y acciones del vendedor sobre la cosa entre los cuales se incluye la acción reivindicatoria. O sea que no es necesario que el propio reivindicante haya sido desposeído, bastando con que se haya privado de la posesión a sus predecesores en el dominio. Por su parte el reivindicante que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado no necesita probar que estuvo en posesión efectiva, bastándole con la posesión presunta que implica su título válido" (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., ob. cit., t<sup>a</sup> 2, pág. 739 y sus citas).

Cuadra recordar que también ya como Juez de 1a. instancia (cf. caso "INALEF", SD del 4-10-01) tuve oportunidad de ocuparme de cuestiones tales como la prueba de la propiedad en materia reivindicatoria, más concretamente de la reivindicación con títulos de propiedad y dentro de este ámbito lo atinente a que el título sea anterior o posterior a la posesión del demandado en los siguientes términos perfectamente aplicables al sub lite por analogía situacional:

Rigen esta materia los arts. 2789 y 2790 Cód. Civil y su interpretación doctrinario-jurisprudencial.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran coincidentes, en general, sobre el punto en cuanto a que el art. 2790 debe ser aplicado aún en la hipótesis en que el título del reivindicante sea posterior a la posesión del demandado, siempre que en los títulos de los antecesores pueda llegar a encontrarse alguno anterior a esta última y a menos que antes haya podido cumplirse la prescripción (cf. Salvat, R., ob. cit., pág. 715 y sus citas); a que "el título a que se refiere esta norma (en referencia al art. 2789) y las siguientes no está constituido sólo por la escritura de adquisición del reivindicante, sino que se forma con ella y las de sus antecesores en el dominio" (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., "Código Civil", T<sup>o</sup> 2, p. 753 y sus varias citas de fallos); y también a que el reivindicante que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado no necesita probar que él o sus antecesores en el dominio tuvieron la posesión efectiva necesaria para adquirir la propiedad, bastándole con la posesión

presunta que implica el título válido” (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., ob. y loc. cit., p. 754 con sus referencias de fallos).

Veamos seguidamente unas muy breves pero significativas ideas en torno a la simple tenencia, al uso y a la habitación.

Recuérdese que el carácter esencial de la tenencia, por lo mismo que presupone reconocer en otro la propiedad de la cosa que se tiene materialmente, viene dado por la obligación restitutoria del detentador precario. Si bien la precariedad no constituye strictu sensu un vicio de la posesión en cambio sí configura el elemento que caracteriza y distingue la simple tenencia de la posesión en el sentido técnico de la palabra, cuando existe precariedad, por lo mismo que se reconoce en otro la propiedad de la cosa y en consecuencia la existencia de una obligación restitutoria, no hay posesión sino mera tenencia (arts. 2352 y 2461 Cód. cit.). La verdadera posesión en estos casos no la tiene el tenedor precario sino el propietario de la cosa. Cabe recordar que Vélez siguió la doctrina de Ihering al referirse a la tenencia relativa como aquella en que detentador no desconoce la existencia en otro de la posesión. Desde el momento que se trate de una detentación reconociendo en otro el derecho de propiedad de la cosa habrá simple tenencia y no posesión. Por lo mismo la tenencia no produce ninguno de los efectos de la posesión, haciendo al caso justamente prevenir que no da lugar a la adquisición de las cosas por prescripción.

El uso es un derecho real porque establece una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. Pero es un derecho sobre la cosa de otro o sea una desmembración de la propiedad: las facultades inherentes a ésta quedan divididas entre el propietario y el usuario. El usuario tiene la facultad de servirse de la cosa, es decir utilizarla en todas las aplicaciones que según su naturaleza y destino correspondan. Si el uso se refiere a una casa se llama derecho de habitación (art. 2948). Los derechos de uso y habitación son por su propia naturaleza temporarios.

En los precedentes citados ("VARISE" y "NIEVA") también traté sobre la interminable discusión sobre si el adquirente de una cosa puede o no reivindicarla antes de habersele traditado en orden a lo cual hay un derecho a la entrega de la cosa sin olvidar que ahora también juega un rol decisivo el hecho de que la tradición debe reputarse perfeccionada con la inscripción dominial (art. 2505).

Sobre la controversia entre la anterioridad o posteridad del título del reivindicante y la posesión del reivindicado agrego ahora otra variante de la discusión ya referida: ¿tiene el reivindicante la obligación de probar que se le ha hecho la tradición de la cosa

reivindicada y que, por consiguiente, tenía la posesión de la misma como lo requiere la ley (art. 2758 + principios generales sobre adquisición de la propiedad)? Doctrina y jurisprudencia prevalentes sostienen desde siempre que tal prueba no es necesaria (art. 2790 cit.) pudiendo pues el reivindicante reclamar la entrega de la cosa sin la prueba de la posesión propia como una excepción al sistema del Código Civil, que requiere la tradición en alguna de las formas legales como condición para adquirir la propiedad, la cual se justifica por motivos de equidad porque encontrándose el reivindicante frente a un reivindicado sin título la ley mira la situación de aquél con preferencia a la de éste; el reivindicante tiene a su favor la presunción de que el autor era poseedor y propietario, sin la cual aquél hubiese tenido que justificar el derecho de propiedad de éste y de los autores precedentes, en orden regresivo temporal por lo menos hasta cubrir 20 años de usucapión. Aunque -nobleza intelectual obliga- hay quienes siguen sosteniendo que en tal caso igual el reivindicante debe acreditar que tenía per se la posesión de la cosa, porque sin esa condición ni habrá habido adquisición de la propiedad ni estarían acreditadas las condiciones para la reivindicación; y aún cuando aceptan todos los inconvenientes del sistema de la tradición (cf. in extenso *Salvar, R.*, ob. cit., págs. 712 y sgts., idem T° II, p. 202).

Sea como fuere, en cualquier caso, es evidente que entre los supuestos reivindicatorios el del comprador a quien no se hizo tradición de la cosa cuando precisamente la posee un tercero es un caso especial (cf. *Cifuentes, S. y Otros*, "Código Civil", T° V, p. 4).

La jurisprudencia concordante ha dicho:

No corresponde cuestionar la legitimación del actor para promover la acción reivindicatoria cuando el mismo acredita la titularidad del dominio del inmueble reivindicado dado que dicha acción, en virtud de lo dispuesto por el art. 2758 del Código Civil nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a poseer con independencia de la posesión misma (CNCiv., Sala A, 3-11-99, LL 2000-C-477) ."En principio no puede reivindicar quien carece del dominio, pero puede intentar la acción reivindicatoria el comprador a quien no se le hizo la tradición" (CNCiv., Sala E, 24-5-79, ED 84-167). "El comprador de un inmueble a quien se le ha otorgado la pertinente escritura de transmisión del dominio puede, antes de la tradición de la cosa, ejercitar la acción reivindicatoria contra quien se encuentra poseyéndola" (CNCIV, en pleno, 11-11-58, LL 92-463, JA 1958-IV-427; idem, Sala C, 16-8-77, ED 80-251, y 25-8-92, LL 1994-B-201). "Cuando la ley habla de título posterior a la posesión del demandado no se refiere sólo al título mismo del reivindicante sino

también al de sus antecesores en el dominio; en otras palabras: el art. 2789 no se refiere al título inmediato y recién otorgado al reivindicante sino al que tuvieron sus causantes" (CNCiv., Sala D, 18-5-84, LL 1985-A-352).

Concurrentemente acaso resulte propicia la oportunidad para profundizar algunas ideas. la adquisición y transmisión de los derechos reales con particular referencia al dominio de inmuebles.

Hay fervientes partidarios de la tradición como publicidad para quienes el fundamento y función de la tradición no es otro que el de dar publicidad a las transmisiones y constituciones de derechos reales (Freitas, "Consolidacao das leis civis" 1870, traducción de Martínez Paz, E. en "Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino", p. 109); para el propio Vélez Sarsfield, rescatando justamente el modelo del jurista brasileño, tradición es igual a publicidad y por lo tanto modo suficiente y publicidad son una misma cosa (nota del art. 577 Cód. cit.). Otros autores participan del criterio de la publicidad posesoria conforme al cual más que el acto instantáneo de instalación en la relación posesoria (tradición) la publicidad viene dada por la situación permanente de tal relación (posesión), razón por la cual debe hablarse de publicidad posesoria y no de publicidad traditiva. Tenemos también el criterio de la tradición como investidura de poder que reza que siendo todo derecho real un señorío de la persona sobre la cosa el derecho (poder jurídico) no nace mientras su sustrato (poder de hecho) no existe efectivamente, de manera que tratándose de una adquisición derivada del derecho real por actos inter vivos será necesario un acto por el cual el investido actual se desprenda del poder para que lo asuma el adquirente; la idea de la tradición como investidura de poder justifica la existencia de actos materiales sin los cuales aquélla no existe (art. 2379) no bastando las meras declaraciones (art. 2378) por solemnes que sean, ya que de un poder fáctico como es la posesión no se puede ser investido de otro modo que no sea por actos materiales. Finalmente la publicidad registral merece algunas aclaraciones: para unos la publicidad del título (causa) producía de consuno el modo (tradición), la adquisición de su posesión y la del derecho real transmitido o constituido sobre la cosa, aunque al adquirente no se le hubiera hecho entrega efectiva de la misma (sistema de Freitas); el criterio de Vélez fue crítico del sistema francés de transmisión de la propiedad por sólo el contrato sin ser necesaria la tradición (nota al art. 577 prácticamente copia de las ideas de Freitas); y la reforma (ley 17711) consagro, según la interpretación doctrinario-jurisprudencial prácticamente unánime que la inscripción registral tiene efectos declarativos con respecto a los derechos reales que se ejercen por

la posesión, de forma que con sólo el título y el modo nace el derecho real con oponibilidad erga omnes salvo contra un tercero interesado de buena fe, y constitutivos para los que no (Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 5A, págs. 438 y sgts.).

E in extemis cuadra recordar en esta materia puntual tanto un antiquísimo criterio interpretativo de la Corte Suprema (que data nada menos que de 1899) como la jurisprudencia de nuestro propio STJ y hasta inclusive muy importante doctrina plenaria nacional en los siguientes términos pertinentes:

"Es exacto que el actor no adquirió el dominio de los terrenos en pleito porque, tratándose de obligaciones de dar, antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real (art. 577 y cdt. Cód. Civil); aunque en mérito de las precedentes consideraciones el demandante no ha podido promover el juicio en el concepto de nacer la acción reivindicatoria de su dominio propio, en cambio ha podido hacerlo ejercitando en su interés las acciones de su causante porque la escritura importa una cesión de acciones (art. 1444) y la ley permite hacer valer contra el poseedor títulos de propiedad anteriores a su posesión aún cuando no se refieran a la fecha del reivindicante mismo" (CSJN, doctrina de Fallos 83:223 reiterada en 108:344, 114:233, 123:70, 142:273 entre muchos otros)

"¿Tienen los compradores, quienes no han acreditado que se les haya realizado la tradición de la cosa, legitimación activa para ejercer la acción reivindicatoria? Existen situaciones especiales en las cuales resulta posible el ejercicio de la acción reivindicatoria a pesar de no ser el actor titular del derecho real por no haberse efectuado la tradición. Tal el caso de autos: al comprador no se le hizo aún la tradición. En el sistema del Código, con excepción del derecho de hipoteca y de algunas servidumbres, la adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos requiere el concurso del título y la tradición, esta última equivalente a modo suficiente (arts. 577, 2609 y 3265 entre otros). De tal forma el comprador que cuenta con título suficiente pero a quien no se le hizo aún la tradición no es titular del derecho real, por ello es necesario determinar qué tipo de acción puede ejercer para obtener la posesión de la cosa y si esta puede ser la acción reivindicatoria. No se trata del supuesto común, es decir el propietario que despojado por un tercero de su posesión inicia la acción con el sólo objeto de obtener su restitución, sino que aquí quien entabla la acción reivindicatoria lo hace con una finalidad superior: lograr la obtención por este medio de una posesión de la cual nunca gozó, de alcanzar la tradición que jamás le fue realizada; se trata no ya de proteger el derecho real del cual se es titular frente a la acción de

terceros, sino de perfeccionar el derecho real en sí mismo. En el caso de autos el reivindicante no es titular del derecho real que pretende por falta de tradición pero ello no significa que carezca en absoluto de derecho, pues no sólo lo tiene a que la cosa le sea entregada por el enajenante sino que además tiene derecho a la posesión (art. 2468)... El demandante no necesita demostrar que recibió la posesión del inmueble al cual se aplica su título, pero sí resulta insoslayable la invocación de título; la carga de la prueba que pesa sobre el reivindicante consiste en la demostración de su derecho a la posesión lo que se concreta mediante el título (Salvat, "Derechos reales", T° III, p. 703). En conclusión: el reivindicante no se halla obligado a probar que ha tenido la posesión del inmueble sino que para incoar la acción le es suficiente acreditar su derecho a poseer, ello porque la ley acude en su auxilio en virtud de presunciones que permiten suponer que en algún momento fue poseedor con antelación al demandado si su título es de fecha anterior o si no le autorizan a invocar la habida por sus antecesores como aquí sucediera" (cf. STJRN, "GUERRIERI Y OTROS", 14-8-08, SE 50/08).

"El comprador de un inmueble a quien se le otorgó la pertinente escritura traslativa de dominio puede ejercer la acción reivindicatoria contra el poseedor del bien aún antes de habersele hecho la tradición" (CNCiv., en pleno, "ARCADINI", 11-11-58, correctamente aludido por los actores).

Por lo demás la tesis de la cesibilidad de la acción fue adoptada por los romanistas de todos los tiempos y por los comentaristas de las legislaciones que siguieron la tradición romana, quienes enseñan que la acción reivindicatoria es cesible sin que sea óbice para ello el sistema tradicionista (Martínez, L, "¿Es cesible la acción reivindicatoria?, p. 687 y sdgts.).

Frente a tan elocuentes constancias como las precedentemente meritadas no veo cómo la Sra. MARIN y la COMUNIDAD pueden seriamente sostener a modo de reproche que el Juez de grado eximió a los actores de la carga de la prueba de la posesión cuando, según surge de la ley y de su interpretación doctrinario-jurisprudencial unívoca, para reivindicar basta con ser titular dominial, aunque no se tenga la tradición ni la posesión, porque el reivindicante puede prevalerse del dominio anterior que tuvieron sus antecesores justamente para perfeccionar su propio derecho real.

Luego: toda la extensa argumentación direccionada con recurrencia sobre la manida cuestión de la tradición y la posesión, pretextadas por la Sra. MARIN y la COMUNIDAD como suerte de *conditio sine qua non* para que los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO puedan reivindicar en forma útil y eficaz, carece de todo

sentido frente al título dominial anterior a la posesión invocada, y por lo mismo, lo propio acontece con otro hecho muy repetido como es que los testigos convocados no conocieran a la Sra. Jacobs de Jordan, al Sr. Charman y al otro Sr. Wright, es decir a parte de los antecesores dominiales de los actores, sino a un Sr. Vera pues, insisto en la idea medular, lo determinante es que los actores cuentan con la propiedad inscripta a su nombre como directa e inmediata derivación de la que a su vez registraran sucesivamente sus autores (ver fs. cits.).

Parafraseando así al Juez originario: los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO probaron, en tiempo propio y de la forma debida, que sus antecesores inmediatos en el dominio de los lotes, a su vez, lo hubieron de los mediatos y por ende la legitimación activa de aquéllos es incuestionable.

Es que ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas, a diferencia de lo introyectado también descontextualizadamente por la Sra. MARIN y la COMUNIDAD la escritura N° 26, más allá de registrar una fecha posterior y muy lejos de configurar un artificio de operaciones económicas efectuadas en Buenos Aires, da suficiente cuenta de un título de los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO -reitero- muy anterior a la posesión autoinvocada por aquéllos originado, para empezar, en la Sra. Jacobs de Jordan (art. 2790 Cód. cit.); y esa anterioridad del título con relación a la posesión, que data de 1983 frente al 2002, sella en forma definitiva la suerte de esta primera cuestión y, por lo mismo, releva de cualquier consideración futuroológica en punto al negocio jurídico de traslación dominial a favor de la causante como los apelantes invocaran al alegar para inducir la idea de que "los lotes son del estado provincial" (?).

Así pues el dominio de los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO sobre los lotes litigiosos existe como tal con absoluta y total independencia de su ejercicio ya que, como vimos, es un derecho perpetuo y por lo tanto su titular no está obligado sino facultado a desplegar tanto actos materiales de uso o goce sobre la cosa como actos de exclusión de terceros. Precisamente tal como sucedió en este caso al menos en dos oportunidades constatadas: cuando los actores intentaron amojonarlos vía el Agr. Posse y cuando a posteriori se constató en el lugar de los hechos la colocación de simbología indígena (ver causa penal cit.).

No interesa entonces para nada a las circunstancias del caso que los actores no ejercieran la posesión de dichos lotes que pretenden reivindicar pues, a diferencia de lo que acontece con los derechos reales llamados de disfrute, el derecho real de dominio carece de limitación temporal y se mantiene en su totalidad pese al desuso o a la falta de

ejercicio de las facultades que del mismo derivan. Ya vimos cómo el derecho a poseer los lotes por parte de los actores, con motivo y en ocasión de ser titulares del dominio, es independiente de la posesión misma a la cual, justamente, no han podido acceder al presente debido a la recalcitrancia sin derecho acreditado de los demandados. Y también de qué manera los actores, en tanto compradores de los inmuebles, pueden perfectamente ejercitar la acción reivindicatoria contra los demandados, como terceros, aunque no hayan tenido personalmente la posesión pues al efecto bien pueden invocar la que tuvieron sus antecesores dominiales. Por eso incluso hasta resulta innecesario que los propios reivindicantes fueran desposeídos, bastando con que se haya privado de la posesión a sus predecesores en el dominio. En este sentido aún cuando se admitiera que el título de los actores pueda resultar de fecha posterior a la ocupación de los recurrentes, en cualquier caso, vimos cómo lo relevante resulta ser que los títulos de sus antecesores dominiales son muy anteriores sin que el dominio, como dijera el Juez de grado con razón, se haya extinguido por usucapión.

Es cierto, como dicen los apelantes en su alegato, que el dominio se adquiere por título + modo y se consolida por la posesión, pero a los fines reivindicatorios sólo interesa lo primero con independencia de lo segundo y lo tercero para constituir aquel derecho real. Ya vimos cómo justamente la acción reivindicatoria nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a poseer con independencia de la posesión misma, tal como dijieran los recurrentes en su alegato al advertir que los actores sólo acreditaron su derecho a poseer y que con la reivindicación quieren entrar en una posesión que nunca tuvieron (fs. 409 y sgtes).

Y ut supra también vimos tampoco importa la eventual falta de tradición en favor de los actores porque lo dirimente, reitero, es su derecho a poseer los lotes adquiridos en tiempo propio y de la forma debida.

De nuevo: la antigüedad del título de los reivindicantes vis á vis la posesión autoinvocada por los co-demandados (que strictu sensu es mera ocupación), en orden a determinar si corresponde tomar en cuenta únicamente la fecha del acto mismo de la adquisición realizada por aquellos o si por el contrario debe considerarse la fecha del título de sus antecesores en el dominio, se resuelve privilegiando esta última circunstancia por sobre aquélla. Repasando a este efecto las circunstancias del caso tenemos pues que aún cuando formalmente pudiese considerarse que los actores esgrimen un título posterior a la posesión alegada por los demandados, en cualquier caso, resulta evidente que en términos sustanciales el mismo es anterior a tal

circunstancia ya que, en efecto, aquellos hubieron integrado su título con el de todos sus antecesores en el dominio. Atendiendo pues a la secuencia de sucesivos actos dispositivos suscitada hasta el último que favoreciera a los actores, forzoso es concluir en que el título de los reivindicantes resulta ser anterior a la posesión invocada por los demandados.

Por lo mismo que la presunción posesoria deriva de un título válido ni los actores precisan probar que sus antecesores la tuvieron, como vimos, ni la COMUNIDAD está en necesidad de enervarla ni tampoco lo hizo.

En definitiva el título esgrimido por los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO en orden a apontocar su pretensión reivindicatoria, en virtud de los instrumentos con que se integra la secuencia legitimante a su respecto, resulta ser muy anterior a la posesión alegada por los recurrentes sobre los inmuebles en cuestión; y aún cuando pudiese reputarse dicho título formalmente posterior a tal posesión, considerando tan sólo la fecha de su celebración como posterior al inicio de la sedicente posesión por los demandados, lo relevante para una justa composición del juicio es que ese título reconoce otros anteriores que constituyen su directo e inmediato antecedente dominial.

Todo lo hasta aquí meritado demuestra la total inconducencia de lo que los recurrentes invocaran también al contestar demanda: que los lotes estuvieran desocupados y en estado natural, y que el IMTVHS les reconociera (dogmáticamente) el ejercicio de una posesión tradicional que jamás tuvieron sobre los lotes.

Mi segunda conclusión: cabe sin duda ninguna receptar la legitimación activa de los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO, sin que interese que aquéllos no tuvieran la tradición ni ejercieran la posesión de los lotes reivindicados pues, en cualquier caso, su derecho real de dominio carece de limitación temporal y se mantiene en su totalidad pese al desuso o a la falta de ejercicio de las facultades que del mismo derivan.

3. El despojo (y por ende la legitimación pasiva de los demandados).

Si bien es cierto, por una parte, que como advirtiera el Juez de grado, dicha circunstancia podría darse por suficientemente consumada con arreglo al efecto privativo del uso de la propiedad a causa de la ocupación de los lotes por los demandados no lo es menos, de otro, que se hubo producido al respecto suficiente prueba positiva corroborante de dicho presupuesto fáctico-jurídico.

La compulsas de la causa penal ya citada, recordando que el sobreseimiento no es obligatorio para el Juez de grado por haberse debido a la imposibilidad sobreviniente de reconducir el proceso (ver fs. 132/134 causa cit. en función del art. 1103 Cód. cit.),

muestra dos hechos claramente direccionados a impedir que los actores entraran en posesión de los lotes: las virtuales amenazas y/o intimidaciones proferidas por el Sr. VILLAGRA contra el Agr. Posse, precisamente con motivo y en ocasión de estar éste concluyendo el amojonamiento de los lotes (fs. 2, 29/32, 35, 77, 79/85 y 95 causa cit.), y la posterior constatación de un proceder prototípicamente clandestino por parte de aquél, como es retirar los mojones colocados y encerrar los inmuebles en forma precaria y colocar enseguida signos (cartel y bandera) direccionados a intentar preconstituir prueba sobre una inexistente ocupación indígena de tipo tradicional (fs. 23, 35, 37 y resto fs. cits.)

Recuerdo una vez más aquí (cf. casos "ALCARAZ" y "ANCAPICHUN" de esta misma Cámara en su actual integración) cómo la sentencia penal que absuelve al imputado ejerce una menor influencia en sede civil que la sentencia condenatoria. La interpretación de autores y fallos inmensamente mayoritaria visualiza un cierto paralelismo entre los arts. 1102 y 1103 Código Civil, aunque una simple comparación de su contenido revela que mientras el primero menciona dos circunstancias (existencia del hecho principal y culpa del imputado) en cambio el segundo refiere a una sólo (existencia del hecho principal); y es precisamente esa diferencia lo que ha venido provocando una ardua disputa, en torno a si el silencio de la segunda norma con relación a la culpa del imputado es o no determinante para resolver si el Juez civil puede rever la decisión penal sobre ausencia de culpa y a si la cuestión de la autoría está vinculada a la culpa o al hecho principal. Esa diferencia entre ambos preceptos muestra el criterio legal que define el límite de la cosa juzgada de la sentencia absolutoria penal en materia civil, el cual puede sintetizarse así: sólo cuando la absolución del acusado se funda tanto en la inexistencia del hecho enrostrado o en su ausencia de autoría sobre el mismo hecho, que es otra manera de que no exista a su respecto, ese pronunciamiento ya no puede ser revisado en sede civil donde entonces no cabe admitir la responsabilidad de quien por esos motivos fue absuelto por el Juez penal; concordantemente la doctrina y jurisprudencia general entiende que si la absolución criminal se produjo por otro motivo distinto, especialmente por considerar el Juez penal que el acusado era inocente (o no culpable) del delito imputado, esa calificación no es vinculante para el Juez civil quien libremente puede concluir que aquél fue culpable a los fines de reparar el daño causado pese a resultar inocente para eximirlo de una condena penal. La libertad de apreciación del Juez civil cuando el Juez penal absolvió por falta de culpabilidad es doctrina judicial y autoral mayoritaria y consolidada, tanto a

partir del viejo plenario de la CNCivil del 2-4-1946 (cf. "AMORUSO", JA 1946-I-806) como luego de la adhesión de calificados y coincidentes pareceres conforme a los cuales la sentencia criminal hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia del hecho pero no en cuanto a la inexistencia de culpa (Creus, C., "Influencias del proceso penal sobre el civil", p. 147; Kemelmajer de Carlucci, A. en Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, p. 314; Trigo Represas, F. y Compagnucci de Caso, L., "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", T° 2-B, p. 649; Brebbia, O., "Problemática jurídica de los automotores", T° II, p. 206; Llambías, J., "Código Civil anotado", T° II-B, p. 411; Borda, G., "Tratado de derecho civil argentino - Obligaciones", T° II, p. 425; Alterini, A., Ameal, J. y Lopez Cabana, H., "Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", p. 248; Colombo, C., "Culpa aquiliana", p. 429); existiendo sobre todo dos razones muy sólidas que evidencian tal distinción: la inexistencia en el ámbito civil del principio *in dubio pro reo*, verdadero bastión garantista -de cuño constitucional- del ámbito penal, y la existencia en la esfera civil de culpas presuntas y de responsabilidades sin culpa. En orden a precisar el contenido de la expresión hecho principal está vedado a los Tribunales civiles aceptar como existentes hechos que según los Tribunales penales no han sucedido, o atribuir al demandado actos con respecto a los cuales estos Tribunales decidieron que él no fue su autor. La ley alude al hecho principal debiendo considerarse tal el sustancial que fuera atribuido al demandado como delito penal y sobre el cual recayó absolución, lo cual engloba las circunstancias estimadas como esenciales para determinar tal temperamento liberatorio. Así se incluyen la materialidad del hecho que se atribuye al demandado, quedando comprendidas las circunstancias que se estiman esenciales para resolver la cuestión con lo cual el Juez civil debe atenerse a los datos fácticos que dió por verificados el Juez penal, la autoría del mismo, por lo que la absolución fundada en su ausencia incluso por el principio *in dubio pro reo* no puede revisarse en sede civil para justificar una condena al ser una hipótesis de inexistencia del hecho, y hay opiniones encontradas tanto sobre la relación causal entre la conducta y el resultado, considerando algunos que si el Juez penal absuelve porque el imputado probó que el daño no guarda relación causal con su acto (v.gr. porque fue causado por culpa exclusiva de la víctima) no se lo podría ya discutir en sede civil, y también sobre la calificación fáctica. En definitiva: la sentencia civil no puede desconocer lo decidido por la sentencia penal respecto de la prueba fundante de los hechos de la absolución sin que ello sea óbice a que la decisión civil se motive en función de un hecho distinto al llamado hecho principal, ya que los hechos

incidentales o conectados mediatamente con las circunstancias centrales del caso no configuran aspectos decisivos para el sentenciante civil. (cf. in extenso sobre toda esta materia Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, págs. 311 y sgts.; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Obligaciones", T° IV-B, págs. 84 y sgts.; Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 3-A, págs. 323 y sgts.; Salas, A. y Trigo Represas, F., "Código Civil anotado", T° 1, págs. 567/569; Cifuentes, S. y Sagarna, F., "Código Civil", T° II, págs. 465 y sgts., etc.).

Así pues si ya en sede penal tanto el Juez de Instrucción como los Fiscales de grado y de Cámara meritaron como inherentes a la materialidad del hecho tanto las virtuales amenazas hacia el Agr. Posse como el susiguiente accionar clandestino por parte del Sr. VILLAGRA es evidente, a mi juicio, que ya existe cosa juzgada penal sobre esos hechos fundantes lo cual no admite ya ningún tipo de descontextualización ni equivocidad o duda como sugieren en algún pasaje de su memorial los recurrentes.

Reitero: lo vinculante para el Juez civil son los hechos verificados y no el derecho aplicado por el Juez penal para terminar sobreseyendo al Sr. VILLAGRA.

Y si encima el Magistrado civil aditó el hecho evidente antes referido, o sea la imposibilidad de los actores de usar de la propiedad como directa e inmediata consecuencia de la ocupación de los lotes por los demandados, me resulta incuestionable que con arreglo a todas tales razones, de intrínseca y significativa dirimencia, no se precisan mayores abundamientos argumentales para concluir que estamos ante otro caso de despojo consumado.

Es pues esa fijación penal producida ya de modo irreversible sobre las circunstancias esenciales referidas, primero haber impedido que el agrimensor comisionado por los actores hiciera el amojonamiento (proceder proactivo) y enseguida quitar los mojones para encerrar los lotes y colocar símbolos indígenas (clandestinidad), lo que configura los datos fácticos verificados como prueba fundante del despojo; y ese núcleo fáctico obliga también en esta sede civil a concluir, en mi opinión sin ambage ninguno, cómo los demandados intentan prevalerse vanamente de un proceder a todas luces ilegítimo para impedir el pleno disfrute dominial de los actores.

Nada de lo cual, por cierto, resulta siquiera mínimo minimorum relativizado por la recurrente insistencia de la Sra. MARIN y la COMUNIDAD (de nuevo) sobre la manida falta de tradición y posesión (ver fs. 530).

Los actos, la forma y la manera, de los que se sirvieron los demandados para despojar a los actores de la posibilidad de usar y gozar plenamente su dominio son los ya

indicados, y son por demás elocuentes.

Mi tercer conclusión: aún cuando no cabe perder de vista que la pérdida de la posesión no es condición absoluta para la reivindicación (nota de Vélez al art. 2758 "in fine" Código Civil) pues ella resulta viable cuando se hallan en disputa dos posesiones que emanan de causas opuestas, de todas formas ha quedado indubitablemente acreditado que los recurrentes han impedido de manera primero activa y luego clandestina que los actores puedan concretar su derecho a poseer los lotes de los que fueran despojados.

4. La falta de prueba sobre la posesión indígena tradicional y/o ancestral comunitaria.

Acertó también el Juez de grado al puntualizar cómo la ocupación por los demandados de los lotes motivo del juicio no fue recibida del Sr. Nahuelquín, según éstos expresamente hubieron invocado.

Al contrario: quedó acreditado que esa ocupación, sobre todo por su misma naturaleza ya meritada, más que surgir de una presunción de orden constitucional (art. 75 inc. 17 CN) no es más que otro supuesto de intrusión.

En efecto: la prueba testimonial colectada, sobre todo la de atendibilidad plena, fue rotunda en dicho sentido al quedar suficientemente establecido, para lo que al punto interesa, que la Sra. MARIN hacia fines de 2001 o principios de 2002 habitó una casa amarilla en construcción, ella y el Sr. VILLAGRA fueron cerrando (los lotes) con cables telefónicos cada vez más y apareció una bandera Mapuche, siguieron habitando y armando casitas alrededor (aparentemente del lote 11 en el que vivirían), voltearon todos los pinos y no plantaron nada y, en fin, originalmente, en la zona que fuera la chacra de Vera sólo había 3 casitas (Selva Negra, la casita de los enanitos y la solita) (dichos Sra. Gelaín quien vive en la península San Pedro desde 1938); también que la COMUNIDAD tal vez llegó después de 1997, no recuerda bien, la única casa que había cuando el testigo compró en 1997 era la solita, la Sra. MARIN y el Sr. VILLAGRA vivían en una casa en el centro de la manzana (probablemente la N° 546 donde se ubican los lotes del juicio), de 220 lotes sólo 10 estaban ocupados y, en fin, en todo el loteo había una forestación que data de 1948 (dichos Sr. Piacentini); asimismo que en la zona había muy pocas casas en 1999 cuando el testigo se instaló (Selva Negra, la solita, "la rosadita" y otra más), la casa donde ahora vive la Sra. MARIN estaba en construcción y en el medio del bosque por entonces cuando ella se instaló, primero le dijo que había comprado y luego que no, alambraron (ella y el Sr. VILLAGRA) con cables de teléfono, enfrente de la casa del testigo un Sr. Torrella tenía un terreno y esta gente llevó desarmada una casa desde Bariloche para armarla allí pero los vecinos se

opusieron, en 2002 la Sra. MARIN y el Sr. VILLAGRA se instalaron y se extendieron alambrando, apareció el dueño de la casa que ocupaba la Sra. MARIN y la quería sacar, el señor la estaba construyendo, no había por ese entonces una COMUNIDAD en esa casa porque era un bosque impenetrable, por lo del Sr. Torrella hubo preocupación, MARIN y VILLAGRA pusieron un candado, fue la Policía y ellos decía que (el terreno) les pertenecía, "esta gente va alambrando y ocupando" (sic), un cura que compró un terreno a los WRIGHT le pidió al testigo que se lo cuidara, también tuvo problemas con MARIN y VILLAGRA y, en fin, siguen construyendo en los lotes del juicio (dichos del Sr. Toledo); igualmente que los de la COMUNIDAD eran primero dos o tres y luego más, hablamos de unos 18 a 22 años, el testigo vive en la península desde 1981, era campo y luego hicieron loteos, nunca se pobló hasta hace unos 15 años atrás, estaban los Mora, los Frey, antes los Mansilla que tenían tambo, antes incluso los Vera que eran dueños de toda el área, los Vargas, era todo campo, en 1940 todo se quemó y después forestaron, estuvo a la buena de Dios hasta 15 años atrás, pero la COMUNIDAD está hace unos 20 años más o menos; y finalmente que la ocupación de MARIN data de 8 ó 9 años atrás, ocuparon primero una casa amarilla, antes no había nada en esa manzana que fue de Vera, en 1975-1976 "ni ahí" fueron ocupados los lotes (dichos del Sr. Gelaín también antiguo habitante de la península).

Nótese cómo ninguno de los muy antiguos pobladores referidos por los testigos es el Sr. Nahuelquín y ni de qué forma ellos mismos nunca pertenecieron a la etnia Mapuche.

Luego: todo el plexo legal insistentemente aludido por los recurrentes, de fuente convencional (Convenio N° 169 OIT) y constitucional (art. 75 inc. 17 CN) y legal (ley 2287), resulta sencillamente inaplicable a los hechos probados de la causa; lo cual, insisto, no equivale a negar la posesión tradicional indígena in abstracto, como equivocadamente interpretan los apelantes, sino a concluir que en este caso no se probó ningún supuesto de posesión tradicional y/o ancestral de la COMUNIDAD indígena LOF LAFKENCHE sobre los lotes motivo del juicio porque, de un lado, sólo se acreditó una simple ocupación a mi juicio de origen claramente intrusivo y, de otro, la COMUNIDAD no demostró que sobre aquellos lotes haya habido una posesión tradicional y/o ancestral y/o preexistente del Sr. Nahuelquín, según invocó al responder la demanda, que como tal pudiera ser idónea para resistir la pretensión de los actores; o con otras palabras: los recurrentes no probaron que los lotes en litigio conformaran - parafraseando al testigo Sr. Huircapán- primero un paraje y luego una comunidad indígena que tuviera como referente al Sr. Nahuelquín quien, paradójicamente con la

situación de los Sres. WRIGHT y BARBOSA MOYANO, hubiera en tal caso podido hacer las veces de autor de la posesión ancestral y/o tradicional invocada por aquellos.

Es que si la posesión tradicional o ancestral, como bien apuntara el Juez a quo en su sentencia, es la transmitida de generación en generación (indígena), circunstancia que aquí -reitero- no hubo sido acreditada, mientras que lo constatado en autos es una simple invasión individual ilegítima es obvio, en cualquier caso, que no puede ni debe operativizarse el amparo presuntivo constitucional ni convencional ni legal como dogmáticamente pretenden la Sra. MARIN y la COMUNIDAD apelantes.

Bien dijeron en su momento los actores: los demandados no son pobladores originarios (fs. 135)

No estamos pues ante tierras tradicionalmente ocupadas por los demandados ni por los apelantes, en términos de derecho indígena, sino al contrario ante tierras episódicamente ocupadas por ellos, en términos de derecho civil; y por lo mismo esa mera y reciente ocupación intrusiva tampoco satisface el requisito de una posesión comunitaria sobre los lotes en cuestión, por no ser autóctona ni de probada antigüedad de asentamiento en dicho lugar.

Por lo demás otras circunstancias complementarias diluyen todavía más, si cabe, el argumento de los apelantes sobre la posesión tradicional indígena.

Así, por ejemplo, que Sr. VILLAGRA sea oriundo de la Provincia de Entre Ríos (fs. 39 causa penal) y haya venido a Bariloche desde Villa Gesell (testigos Gelain y Toledo). Así también, por caso, que los demandados no produjeran la prueba informativa al CODECI (ver fs. 307 y 383 vta.). Y así también, por ejemplo, que la Sra. MARIN pretenda erigirse en poseedora ancestral de dos parajes tan distintos en todo caso como son Cañadón Chileno y península San Pedro (fs. 502/506, no cuestionadas por los recurrentes y fs. 512).

Todo lo cual, a modo de adecuado complemento telético -reitero- de todo lo ya meritado en los considerandos precedentes, desdibuja todavía más la ya básica falta de verosimilitud jurídica de la ocupación tradicional y/o ancestral comunitaria indígena invocada por los demandados en la instancia de grado y sostenida por los apelantes en esta Alzada.

En fin: las formas y modos de ejercer la ocupación y/o posesión tradicional y/o ancestral comunitaria indígena referidas por el LOF LAFKENCHE a lo largo de todo el proceso resultan incompatibles con lo que muestra la prueba reunida, claramente direccionada en sentido contrario al complejo vínculo material-espiritual-colectivo

inescindible entre la COMUNIDAD y la tierra o el habitat ancestral de que se tratare; nadie puede ya discutir el derecho, hasta presuntivo, de los pueblos originarios pero, eso sí, para su garantía a menester que la ocupación tradicional y/o ancestral sobre determinadas tierras sea debidamente probada lo que aquí, en mi opinión, no sólo que no hubo acontecido, ya que el LOF LAFKENCHE es a lo sumo una COMUNIDAD subsistente pero no preexistente en términos de ocupación ni menos aún posesión de los lotes litigiosos los que por ende no son su tierra original o tradicional, sino que inclusive las circunstancias dirimientes largamente demostradas se orientan a la simple ocupación ilegítima (intrusión) del derecho civil común.

Los lotes disputados siempre tuvieron un dueño distinto de los recurrentes. Una cosa es lo que dicen la Constitución, los Convenios de la OIT y las leyes que conforman el bloque jurídico indígena. Pero otra muy diferente es lo acontecido en este caso, donde ni los demandados ni los apelantes acreditaron ninguna posesión inmemorial sobre los lotes de los actores. Lo mismo que una cosa es la identidad indígena del LOF LAFKENCHE y su organización social como COMUNIDAD indígena y otra, muy distinta, es la elocuente falta de prueba sobre su real y efectivo ejercicio de posesión tradicional con relación a la tierra litigiosa.

Lo anterior patentiza la real condición fáctico-jurídica de los recurrentes -reitero- como simples intrusos sin posibilidad ninguna de intervertir, de un lado, por su sólo voluntad dicho título en otro idóneo susceptible de encuadrar en un supuesto de posesión comunitaria tradicional y/o ancestral indígena para poder resistir útil y eficazmente la pretensión reivindicatoria de los actores y, de otro, tampoco por actos externos del todo ausentes sobre los lotes. Consecuentemente no acreditaron los recurrentes ningún cambio de la referida relación y/o situación de intrusión por la de poseedores tradicionales y/o ancestrales anteriores con aptitud potencialmente dominial respecto de los inmuebles. Es que no era posible aquí desvirtuar el principio de la inmutabilidad causal porque lo único que hubo fue un despojo que no estuvo precedido de una posesión indígena, con lo cual nunca podía transformarse la intrusión inicial en una posesión calificada posterior mudando al efecto aquélla de modo inequívoco, activo y operante. Y por caracter transitivo no había posibilidad de intervertir su título originario (intrusión) en otro diferente (poseedores ancestrales y tradicionales)

Proceden así algunas aclaraciones vinculadas con el principio de inmutabilidad de la causa y la interversión titular vedada de motu proprio por la ley (art. 2353 Código Civil), según ya previniera hace mucho tiempo en un recordado precedente ("TRABUCCO"

también del Juzgado cit.) en los siguientes términos igualmente pertinentes:

Según el principio de inmutabilidad causal posesoria el tenedor no puede por su propia voluntad ni por el mero transcurso del tiempo alterar la relación y convertirse en poseedor. Quien comenzó como tenedor, o sea reconociendo en otro la propiedad o poseyendo por otro, continúa como tal mientras no se pruebe lo contrario, de manera que su propia voluntad o el transcurso del tiempo resultan ineficaces para alterar la situación. No es suficiente pues el pensamiento íntimo (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 10, p'pags. 207 y sgts.).

Pero dicho principio no es absoluto pues no impide sin embargo que la causa pueda transformarse en determinadas circunstancias; lo prohibido es que ello pueda hacerse por sí mismo o por el transcurso del tiempo. La tenencia puede sin embargo transformarse en posesión, o viceversa, incluso de manera unilateral por actos exteriores, concluyentes, ostensibles, manifiestos, inequívocos, inconfundibles y activos, mucho más allá del cambio interno volitivo; es decir que dichos actos deben resultar de manera tal que salgan del ámbito subjetivo del tenedor e incidan tanto sobre la cosa como sobre la relación con el poseedor (Lacruz Berdejo, F. y Otros, "Elementos de derechos reales", T° III, Vol. I, p. 95).

La interversión titular extra volitiva y supra temporal requiere pues de actos de oposición y no de meras expresiones verbales que sean lo suficientemente precisos, para significar la voluntad del tenedor de excluir al poseedor, y lo suficientemente graves para poner en conocimiento de la situación al poseedor a fin de que éste pueda hacer valer sus derechos; el acto de oposición es pues al mismo tiempo un acto de afirmación de la posesión propia y de negación de la ajena. Por lo mismo los actos de oposición deben ser públicos, en el sentido que deben poder llegar al conocimiento de quien sufre la interversión; siendo esta una consecuencia de aquella necesidad de manifestación exterior de los actos (CSJN, 7-9-93, ED 159-233; CNCiv., Sala A, 1-7-93, JA 1994-III-235, Sala C, 28-10-99, LL 2000-C-227, Sala E, 14-12-95, LL 1995-E-407, Sala F, 30-11-94, ED 161-636, Sala H, 16-6-99, LL 2000-E-116, y Sala K, 29-5-97, LL 1997-E-347; C.Civ.Com.Trab. y Cont-Adm. Villa Dolores, Córdoba, 24-8-99, LLC 2000-867; Cám. 5a. Civ. y Com. Córdoba, 3-4-95, LLC 1995-565; etc.).

Teniendo entonces en cuenta que el principio general es el de inmutabilidad de la "causa possidendi" quien invoca la interversión titular tiene a su cargo la prueba de los actos materiales que, a su vez, deben reunir las condiciones aludidas. Todo tenedor cuya obligación restitutoria sea exigible e invoque la interversión de su título originario por el

de poseedor "animus domini" debe haber exteriorizado inequívocamente tal mudanza. Y si no hizo no se precisan mayores argumentos para seguirlo reputando simple tenedor precario o mero servidor de la posesión de otro.

Y también en tal sentido desde luego que no pueden ni deben confundirse los actos posesorios con los denominados mere facultatis y máxime por la sólo voluntad del interesado cuando lo único que hay es una mera y/o simple tenencia de la cosa con el consiguiente reconocimiento de su propiedad en otras personas (arg. arts. 2352 y 2461 Cód. cit.), circunstancia insuficiente -como bien se sabe- para poder acceder a la usucapión del inmueble. Con otras palabras: nuestro Derecho no permite el intento por mutar la causa de la (aparente) posesión, de forma de soslayar lo que realmente no pasa de ser una simple detentación precaria.

Obvio es insistir que una cosa son la posesión a título de dueño y los actos posesorios consecuentes, es decir una posesión en el concepto técnico de la palabra o posesión con animus domini, emergente de los arts. 3999 y 4015 Cód. Civil, y otra muy diferente la tenencia y los actos de mera facultad.

Recuerda sobre el punto muy caracterizada y tradicional doctrina civilista:

La ley expresamente habla de la posesión "con ánimo de tener la cosa para sí"... se sigue de aquí que la única posesión útil para la prescripción adquisitiva debía ser la ejercida a título de dueño... La simple tenencia, por lo mismo que en ella se reconoce en otro la propiedad de la cosa, jamás podía conducir a la adquisición de ésta... Los actos de posesión, por otra parte, para ser útiles a la prescripción adquisitiva, deben caracterizarse como el ejercicio directo del derecho de propiedad sobre el inmueble al que se aplican. Los actos que sólo constituyen el ejercicio de simples facultades legales o los que sólo se realizan en virtud de la simple tolerancia del dueño del inmueble, no pueden servir de base y fundamento a la prescripción... Los actos de simple tolerancia no pueden servir de base y fundamento a la prescripción, por ejemplo ... si permito a mi vecino pasar por mi campo para abreviar el camino al suyo (Salvat, R., "Derecho civil argentino - Derechos reales", Tº II, págs. 225/228).

En el sentido expuesto asimismo los actos de simple tolerancia son inherentes al derecho del propietario y éste está libre de realizarlos o no, sin que su normal ejercicio en el transcurso del tiempo pueda crearle un otro derecho que afecte el de un tercero; como tampoco la abstención en el ejercicio de sus derechos de dueño puede serlo en desmedro suyo y en beneficio de un tercero.

Así pues el poseedor o tenedor no pueden cambiar "motu proprio" ni por el transcurso

del tiempo la causa de su posesión o tenencia (art. 2353 Cód. cit.): su voluntad está subordinada a la abstracta impuesta por su título. La intervención debe exteriorizarse por actos indubitables que revelen claramente su propósito animus domini por encima o sin perjuicio de la voluntad interna del usucapiente.

Dos palabras sobre la hipótesis de unión o accesión de posesiones (arg. art. 4005 Cód. cit.).

Pueden en efecto unirse dos posesiones, aunque hayan sido de mala fe y sin justo título, pero para que una persona pueda unir su posesión a la de otra de quien no es heredera es indispensable que exista entre ambas un acto jurídico destinado a transmitirle sus derechos posesorios; y si este falta el poseedor actual tan sólo puede invocar su propia posesión para poder adquirir el dominio por usucapión (Salas, A. y Trigo Represas, F., "Código Civil", Tº 3, pág. 338 y sus citas).

De consuno con la señalada imposibilidad de interversión titular se patentiza la evidente infracción en que incurrieran los apelantes con respecto a sus propios actos anteriores dirimentes pues, en efecto, mientras invocaron, por una parte, la posesión tradicional y ancestral indígena sobre los lotes intentaron de consuno, por otra, presentarse como poseedores animus domini cuando a lo largo del juicio quedó suficientemente acreditado que ninguna de ambas condiciones es tal.

La máxima o principio fue expresada originariamente como *adversus factum suum movere controversiam prohibetur* (cf. Ulpiano, "Digesto", 1, 7, libro V, "Opinionnum"; idem Kruegger-Mommsen, "Corpus Iuris Civilis", Berlín, Alemania, 1889, cit. por Díez Picazo, L., "La doctrina de los actos propios", Tº I, Nº 9) pero luego resultó ampliada con el brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur* (Azo, "Bocardica", Basilea, Suiza, 1567, y "A Ureae Borcardicae Azonis", Venecia, Italia, 1583, también cit. por Díez Picaso, L. ob. cit., Tº II, Nº 15) y así ha durado hasta el presente. Al respecto cabe recordar que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Dicha teoría obliga a ser coherente y consecuente con las propias acciones, de forma que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta. La congruencia consigo misma constituye pues un ingrediente de la relación jurídica, cuya ausencia debe frustrar lo perseguido con omisión de tal módulo conductual. Trátase así de un principio general del derecho que guarda plena correspondencia con el postulado de la buena fe, en tanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder tanto en las relaciones jurídicas como

en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez (art. 1198 y cdt. Cód. cit.).

Y por lo mismo es evidente que la doctrina referida guarda vinculación situacional con el valor probatorio que cabe asignar al comportamiento de las partes antes y durante el proceso que las involucra, fuere con carácter indiciario y/o presuncional (arg. art. 163 inc. 5 Código Procesal). En efecto: la conducta asumida por las partes durante la tramitación del pleito es un elemento importante, aunque de carácter general, a tener en cuenta para emitir la decisión final. Inclina a pensar en la razón o sinrazón de alguno de los contrincantes. En principio no tiene valor probatorio decisivo por sí misma, sino que coadyuva a la valoración final y a la apreciación definitiva de los demás elementos que el proceso ofrezca (cf. Serantes Peña, O. y Palma, J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tº I, pág. 410; Amadeo, J., "Doctrina de los actos propios", Manuales de jurisprudencia La Ley, pág. 23).

Por ser así lo anterior no me cabe ninguna duda sobre que los mismos hechos fundantes de la contestación a la demanda muestran tan sólo una mera apariencia de derecho que de ser cohonestada en esta Instancia, por vía de un memorial que -con matices- reeditó aquéllos, redundaría en una situación intrínsecamente disvaliosa para los actores pues los expondría nada menos que a ver diferido su derecho a usar y gozar de su propiedad, terminaría por contrariar los fines mismos de la normativa, desde que conduciría a un virtual enriquecimiento incausado de los demandados, y comprometería en fin seriamente la buena fe. Tales circunstancias producirían a su vez un indudable daño a los actores trasuntado, esencialmente, en una injustificada afectación de su derecho dominial que, en las condiciones de revista meritadas, no reconocería causa eficiente o fuente ninguna (arg. art. 499 Cód. cit.). Y ciertamente tampoco podría en tal hipótesis dudarse sobre la imputabilidad (responsabilidad) de todo ello a los recurrentes en tanto pretendidos poseedores ancestrales de los lotes.

Estoy pues persuadido que el proceder de los recurrentes con motivo o en ocasión de pretender prevalerse con fines únicamente defensas de una inexistente pretensión posesoria tradicional, pretextando una preexistencia del todo aparente, aún cuando pueda ser legítimo como ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo terminó mutando en un evidente antifuncionalismo producto de un ejercicio irregular de sus prerrogativas. Los demandados no "usaron" pues de su derecho de defensa sino que "abusaron" del mismo. Hubo un uso abusivo de su condición de meros intrusos mixturado con un claro intento por intervertir dicha condición por su sólo

intención interna, o sea sin actos externos dirimientes ni temporalmente idóneos, en posesión comunitaria indígena, Y con ello quedó irremediablemente comprometida esa loable interpretación finalista del derecho a la que hube referido en párrafos anteriores, que pretende casualmente prescindir de la pura y fría exégesis normativa para servir a un afán protectorio en búsqueda de la justicia conmutativa, desde que usaron de sus derechos y/o facultades legales de una manera irrazonable y/o excesiva, en forma irregular, más allá de la necesidad determinada por su destino individual y desviándose de los fines para los cuales aquellos le fueran conferidos.

Sin ánimo de reeditar aquí y ahora la extensa polémica destada en torno de los criterios propuestos para caracterizarlo, pero recordando muy especialmente que la justificación del nacimiento de dicha teoría -explicitados por Josserand como primer autor que la sistematizara- pasa por una doble reacción tanto contra el liberalismo individualista, a fin de procurar imponer una concepción más social del derecho como contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecanicista del derecho, en orden a constituirse en un instrumento flexibilizador del derecho precisamente para su adaptabilidad a la realidad socio-económica, creo oportuno hacer especial referencia a los dos criterios que parecieran prevalecer en la ley y en su interpretación doctrinario-jurisprudencial. Así el criterio funcionalista o del fin económico-social del derecho según el cual el derecho subjetivo debe ejercitarse sin contradecir su destino económico y social, so pena de caer en el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica, y adaptarse a los fines actuales de forma que la jurisprudencia capte las necesidades existentes en el momento de la aplicación de la ley (cf. Molina, "Abuso de derecho, lesión e imprevisión", p. 90; Orgaz, "Abuso de derecho", en LL 143-1219; Carranza, "Abuso de derecho - arts. 1071, 2513 y 2514 del Código Civil según la ley 17.711", en JA 3-1969-678; Laquis, "El abuso de derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 359; López Olaciregui, J., "Efectos de la ley con relación al tiempo - Abuso de derecho y lesión subjetiva", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 81; CNCiv., Sala A, , 6-12-60, LL 101-635; idem 25-2-75, ED 65-209; idem Sala D, 17-2-67, ED 20-61; idem Sala F, 20-3-73, ED 51-576; C.Apel. Junín, 26-9-68, ED 26-276). Y también el criterio del ejercicio del derecho en contra de su espíritu conforme al cual el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad (CNCiv., Sala F, 20-3-73, ED 51-576). O inclusive el criterio del ejercicio incompatible con la regla moral que considera los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres como

pauta directiva de configuración del abuso de derecho (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, p. 60, nota N° 34 con infinidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales). Pero, en cualquier caso, parecieran prevalecer los llamados criterios mixtos para los cuales basta con que la ley declare que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos para que quede librado al arbitrio de los jueces decidir en cada caso donde termina el derecho y dónde empieza el abuso (Fleitas, "El abuso de derecho", N° 9, p. 5, con citas de Capitant, Prates, Ossorio y Díaz de Guijarro).

En realidad la jurisprudencia nacional registra muy pocos casos en los que se haya valido de uno sólo de los criterios o pautas expuestos ya que, por el contrario, siempre hace mención a varios de ellos valorando una serie de circunstancias que, recíprocamente completadas unas con otras, llevan al ánimo del juzgador la necesidad de aplicar la teoría de que se trata. Y es lo que ocurre con la ley 17.711 que receptó el criterio finalista o funcionalista aunque reforzado con la directiva de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Acaso en última instancia, como bien dice señera doctrina, el abuso de derecho sea *strictu sensu* un simple problema de jurisprudencia que los magistrados han de solucionar con arreglo a las circunstancias de cada caso (cf. Cammarota, "Responsabilidad extracontractual", T° I, p. 123).

No debe pues perderse de vista que el acto abusivo es intrínsecamente legal pero se le imputa una sanción porque ha vulnerado la funcionalidad del derecho al ejercérselo irregularmente, es decir, el meollo radica en distinguir "uso" de "abuso". El derecho cesa donde empieza el abuso.

Desde luego que, por ser justamente una reacción contra el puro legalismo, el abuso de derecho debe ser interpretado con carácter estricto y restringido, de forma que sólo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo recién debe acudir a este remedio excepcional. Se requiere pues que la conducta abusiva sea claramente probada, ya que se trata de evitar el llamado abuso del abuso del derecho.

Cabe también recordar como elementos constitutivos del abuso, entre otros posibles, la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, la contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, la existencia de un daño y la imputabilidad.

Adviértase especialmente, en fin, que el juego del instituto del abuso de derecho también en esta materia prescriptiva-reivindicatoria se explica con elocuencia por

cuanto, aún cuando la teoría nació -ut supra vimos- como una reacción frente al liberalismo individualista (cf. Josserand, L., "De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite l'abus des droits", 2a. ed., Paris, 1939), en la actualidad -repito- se ha consolidado su carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que, por ende, extiende su influencia como un standard propio del orden jurídico todo (cf. v.gr. Ripert, G. y Boulanger, J., "Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol", T° V, Obligaciones, 2a. parte, p. 77; Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", T° I, vol II, p. 249; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", T° 2, p. 179; Molina, J., "Abuso de derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil", cap. 1, punto 1; Spota, A., "Instituciones de derecho civil - Contratos", T°1, parte general, p. 752; Boffi Boggero, L., "Tratado de obligaciones", T° 6, p. 487; y Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., T° 5, p. 53).

Mi cuarta conclusión: quedó suficientemente probado, como vimos, el despojo por intrusión como circunstancia por completo incompatible con la posesión tradicional, ancestral y comunitaria, del pueblo Mapuche requerida por la ley para poder resistir una reivindicación dominial con fundamento constitucional y convencional y legal; falla de manera evidente la prueba compuesta como *conditio sine qua non* para viabilizar útil y eficazmente cualquier pretensión posesoria indígena, como es la posesión comunitaria de los lotes que los apelantes debieron ocupar tradicionalmente, sin que quepa reparar en el evidente intento por intervenir de manera puramente voluntarista aquel insuficiente título inicial y único, paradójicamente, por uno de poseedores indígenas no ya posterior sino anterior al despojo; la relación de los demandados con los lotes resulta notoriamente insuficiente para poder servir a dicho fin; y, en fin, la invocada posesión tradicional y comunitaria indígena nunca fue tal por haber sido siempre un simple despojo intrusivo.

#### 5. Inaplicabilidad de la ley 26.160.

Ya es conocido en el fuero mi criterio interpretativo en punto a la ley emergencial vigente en la materia.

Yo mismo como Juez de grado hube diferido aquí su tratamiento para la oportunidad procesal del dictado de la sentencia.

Y al igual que aconteciera en casos análogos que me tocara resolver en mi anterior función judicial (cf. v.gr. "LAS CHINITAS AGROPECUARIA", "MARTINEZ PEREZ Y OTRA" y "COLANERI" entre los más recordados) también

aquí sucede que dicha norma es inaplicable a las circunstancias constatadas.

Veamos.

Ante todo conviene prevenir que es la propia ley la que claramente establece que la protección emergencial instaurada se refiere a la POSESION ACTUAL, TRADICIONAL, PUBLICA y FEHACIENTEMENTE ACREDITADA (arts. 1 y 2). Y precisamente acabamos de ver cómo ninguna de tales condiciones se verifican en favor de los recurrentes.

En efecto: debido a la gran confusión que subsiste en torno al tema, no puede ni debe perderse de vista que la propia autoridad aplicativa, es decir el INAI, conteste con aquella interpretación normativa literal, que bien cabe recordar es la primer tarea de hermenéutica jurídica que los operadores debemos implementar, tiene establecido que la configuración "actual" del territorio comunitario está definida al momento de la sanción de la ley 26.160, quedando excluido de tal clasificación todo espacio que corresponda a recuperaciones o incorporaciones realizadas con posterioridad a dicha sanción (cf. INAI, "Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas Ley 26.160 y Ley 26.554", Propuesta cartográfica para la carpeta técnica, Julio 2011, Area de Georreferenciamiento-Re.Te.Ci, en el caso "COLANERI" ya cit.).

Nótese paradójicamente que a todo evento es esa misma normativa invocada por la COMUNIDAD la que de modo expreso alude al tan ansiado (y sistemáticamente demorado) relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, a cargo del INAI a nivel nacional y del CODECI a nivel provincial, en orden a promover las acciones que fuere menester (art. 3°).

Como ya previniera el propio STJ: la suspensión de la ejecución de sentencias y actos procesales o administrativos dispuesta por la citada ley tiene por objeto la protección de los miembros de las comunidades originarias y/o preexistentes que se encuentran ocupando actualmente, esto es al momento del dictado de la ley 26.160, histórica y ancestralmente una porción de tierra para impedir temporalmente que un tercero -en general recién adquirente- los desaloje de la misma, en ejercicio de acciones emanadas de la posesión y del dominio, por el tiempo que insuma adoptar las medidas necesarias para el reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria; una interpretación distinta a la señalada podría permitir, y aún fomentar, la ocupación o recuperación de tierras de manera unilateral e inclusive por medio de la fuerza, ya que en tal caso fácil sería repeler una eventual acción judicial o administrativa con la sólo invocación de

aquella norma (caso "CRIADO DE MARFUL C/ LEMUNAO S/ INTERDICTO DE RECOBRAR").

La ley 26.160 se refiere pues a las ocupaciones existentes a la fecha de su dictado, ya que lo contrario llevaría a cohonestar la ocupación o recuperación de tierras por mano propia como precisamente, desinterpretación mediante por parte de los integrantes del pueblo Mapuche pretextando que las ocupaciones ilegales por vías de hecho en realidad son actos reivindicatorios de los derechos ancestrales indígenas, hubo venido aconteciendo desde la última reforma de la Constitución Nacional (1994).

Así pues una posesión que no existía al momento de promulgarse la ley 26.160, sino que fue producto del despojo de quien la detentaba, no puede ni debe reputarse actual ni por lo mismo tradicional y pública; y por ende no es la posesión protegida por dicha normativa. No cabe pues elucubrar ninguna otra pseudointerpretación para hacerle decir a la ley lo que no dice.

Ello así máxime cuando en este caso hubo quedado total y completamente probado, a diferencia de lo interpretado con recurrente recurrencia por los apelantes quienes también sobre esta cuestión repiten lo contrario (fs. 535 vta.), que no estamos ante un supuesto de posesión tradicional y/o ancestral y/o comunitaria fehacientemente comprobada sobre los lotes motivantes del juicio.

Una vez más entonces no cabe interpretar en favor de los apelantes ni considerarlos incluídos en los alcances de la ley citada, pues no están reunidas las condiciones fáctico-jurídicas al efecto, porque como vimos, no son pobladores originarios de los lotes en cuestión.

Mi quinta conclusión: la ley invocada por los demandados no se condice en lo más mínimo con su situación de revista ni de los hechos probados ni menos aún del derecho invocado y resulta por tanto directamente inaplicable a las circunstancias del caso ya que, como vimos, sólo una posesión indígena (como tal ancestral), pública y tradicionalmente acreditada, existente a la fecha de su dictado (2006) es la que resulta tutelada por la emergencia hasta el definitivo reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria; pero no en cambio la obtenida incluso antes, ni qué decir después, por vía de una simple intrusión a consecuencia directa e inmediata de un despojo cometido contra los titulares dominiales reivindicantes de la posesión.

6. La defensa subsidiaria de usucapión.

In extremis en un vano intento por revertir las acertadas consideraciones pertinentes del Juez originario, en el sentido que tampoco quedó acreditada la usucapión civil (art. 4015

Cód. cit.) pues en el mejor de los casos la ocupación de los Sres. VILLAGRA y MARIN data de fines del 2001, los recurrentes directamente mutan el presupuesto jurídico de su pretensión y ahora invocan la prescripción corta cuando en la demanda hicieron lo propio con la bidecenal lo cual, obviamente, no puede ser atendido en esta 2a. instancia por ser una cuestión no propuesta en la de origen (art. 277 Código Procesal); sin que pueda soslayarse cómo en la misma demanda, primero, argumentaron sobre la innecesariedad de la usucapión y, luego, recurrieron a su auxilio.

De todas formas cabe prevenir que así como nadie puede oponer la usucapión como defensa cuando es demandado por reivindicación, ya que así como el dominio se pierde cuando su titular deja poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por prescripción (art. 2510 Cód. cit.), del mismo modo la aptitud para prescribir el dominio reconoce su límite justamente en el ejercicio por el propietario de la pretensión reivindicatoria; con otras palabras: antes que esgrimir la usucapión como defensa subsidiaria lo que debieron haber hecho los demandados y los recurrentes en este juicio, que por cierto es la última frontera protectora del derecho de dominio, es directamente reconvenir a los actores al efecto (ver fs. 130), es decir ejercer el derecho (puramente civil no ya protiotípicamente indígena) que según ellos tienen desde hace tanto tiempo, pues si se admite la demanda, como en este caso, queda sellada la suerte del derecho real en juego.

Y al igual que aconteciera con la posesión tradicional indígena tampoco en materia de usucapión acreditaron los recurrentes ningún cambio de la relación y/o situación de intrusión por la de poseedores con suficiente aptitud prescriptiva dominial ¿Pudieron acaso desvirtuar el principio de la inmutabilidad causal de forma de transformar el mero despojo inicial en posesión calificada posterior por el lapso legal mudando al efecto aquélla de modo inequívoco, activo y operante? ¿Demostraron haber intervertido su título originario (intrusión) en otro diferente (poseedores en los términos del art. 2351 Código Civil)?

Veamos.

No se acreditó ni tan siquiera la existencia de una incipiente posesión sino, al contrario, un despojo clandestino de los lotes; lo cual sella definitivamente cualquier posibilidad prescriptiva dominial, precisamente por ausencia de su presupuesto básico como es la posesión (no la mera ocupación, la tenencia precaria y menos aún la intrusión).

En subsidio de la dirimente circunstancia referida los apelantes no abonaron, por ejemplo, un sólo impuesto de los lotes. Ni uno sólo.

La prueba testimonial colectada, como se sabe sin valor autónomo por ser meramente complementaria (ley 14.159) y/o eventualmente corroborante de otras que los recurrentes debieron rendir pero no rindieron, resultó francamente insuficiente en términos de eventuales actos posesorios para poder usucapir frente a la clara ausencia de la prueba compuesta ya referida.

Ya vimos, a todo evento, cómo el lapso transcurrido sería, a lo sumo, muy menor al mínimo requerido por la ley civil.

En innumerables oportunidades de dictar sentencia en casos que trataban esta materia (a partir del leading case "CASTRO Y OTROS", SD del 22-5-95) hubo prevenido sobre el siguiente orden ideario seguido sistemáticamente desde entonces (cf. v.gr. casos "TRABUCCO", SD del 8-8-02, y "HUERTA", SD del 7-7-05, entre tantos otros):

Sabido es que la usucapión o prescripción adquisitiva es un modo excepcional de adquisición dominial mediante la posesión justificada y continuada durante el tiempo legalmente requerido. Concretamente en lo que atañe a la posesión requerida para usucapir (art. 4015 Código Civil) la misma (como especie de género) ha de satisfacer todos los principios que caracterizan a la posesión general (art. 2351 Cód. cit), vale decir que la cosa que la persona tiene bajo su poder debe ser con la intención de someterla al ejercicio de un derecho e propiedad debiendo concurrir, al efecto, los dos conocidos elementos o condiciones básicas: corpus y animus posesorios.

Precisamente esa excepcionalidad aludida ha hecho que, desde muy antigua data y en forma pacífica, toda la materia relativa a la prueba en este tipo de juicios deba ser juzgada con criterio marcadamente estricto y restringido (cf. v.gr. "in extenso" Peña Guzmán, L., "Derecho Civil-Derechos reales", Tº III, págs. 10/12). Y siendo la posesión de quien reclama el dominio esencial fundamento de la usucapión es obvio que, por lo expuesto, su prueba debe ser plena, indubitable y concluyente, tanto en su noción general como respecto a la manifestación de los dos elementos apuntados.

Al respecto tiene dicho desde siempre la jurisprudencia:

"La demostración de que se ha estado en posesión de la cosa que se intenta adquirir por usucapión debe ser efectuada de manera insospechable, clara y convincente, pues se trata de invocar un medio excepcional de adquirir el dominio" (CSJN, ED 61-185 y LL 1975-B-646).

"Constituyendo la usucapión (arts. 4015 y 4016 Cód. cit.) un modo excepcional de adquisición dominial, autorizado por la ley (art. 2524 inc. 7 Cód. cit.), es necesario que se demuestre, en forma plena e indubitable, la posesión "animus domini" pretendida

como también que ella se mantiene en forma pública, continua y pacífica, durante todo el término establecido legalmente" (CNCiv., Sala D, LL 1978-A-520).

El poseedor que invoca la posesión como base de la prescripción debe probarla, como así también que ella reúne todos los caracteres que la ley exige. La posesión es *conditio sine qua non* de la prescripción adquisitiva. La posesión debe ser continua e ininterrumpida (arts. 3999, 4015 y 4016 Cód. cit.) también como *conditio sine qua non* de la usucapión, en orden a que aquella pueda tener la duración que la ley exige para poder acceder al dominio por esta vía. (Salvat, R., "Derecho Civil Argentino-Derechos Reales", T° II, pág. 231)

Por su parte la Cámara del fuero (incluso en su actual integración) ha hecho muy reiterada aplicación del orden de ideas reseñado (cf. v.gr. casos "DE LA CRUZ MORO", SD 94 del 3-7-02, "NUÑEZ VILCHEZ", SD 143 del 20-11-92, etc.).

Adquiere significativa y determinante trascendencia el recaudo temporal pues en caso contrario, es decir cuando el usucapiente no acredite la toma de la posesión invocada durante los 20 años previstos por la ley como "mínimo minimorum" al efecto, la pretensión resulta prematura.

El pago de impuestos constituye una exteriorización del "animus" posesorio y es un elemento convictivo válido cuando las obligaciones tributarias se cumplen regularmente y en los términos de sus períodos de vencimiento (CNCiv., Sala A, ED 87-654). Si bien se trata de una prueba complementaria, exteriorizante del "animus domini", el pago de impuestos debe efectuarse en forma periódica a lo largo del tiempo o de parte importante del mismo (C. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., JA 1975-27-694). El pago regular de los tributos impositivos tiene un valor meramente complementario cuando se trata de intentar usucapir (SCBA, Rep. LL XXXVII, 1977-JZ, p. 1188).

Y aún cuando puede existir cierta discontinuidad, pues como dice Vélez una posesión puede ser discontinua sin haber sido interrumpida (cf. nota al art. 2481 Cód. cit.), conviene prevenir que la continuidad posesoria, con ser una cuestión de hecho dependiente de las circunstancias y de la naturaleza de la cosa poseída, quiere decir como principio general una posesión ejercida sin intermitencias ni lagunas (cf. Laquis, M., "Derechos Reales", T° III, p. 52; Salvat-Argañarás, "Derecho Civil Argentino-Derechos Reales", T° 2, p. 229). Es precisamente en tal sentido que cabe prevenir lo expuesto por la jurisprudencia en cuanto a que La presentación de boletas o facturas de pago de servicios, tasas e impuestos no resulta "per se" idónea para probar la

interversión de la causa, pues lo mínimo que puede esperarse aún de quien usufructúa el inmueble es que abone tales conceptos (ST Jujuy, 7-12-00, LLNOA 2001-285).

Hay pues necesidad de una posesión verdadera. No es concebible la usucapión sin posesión. Y esta posesión susceptible de conducir a la adquisición de la propiedad ha de ser verdadera, lo que implica además del ejercicio de un poder de hecho correspondiente a la propiedad la intención de comportarse como real propietario (Ripert. G. y Boulanger, J. "Tratado de Derecho Civil", T° VI, p. 345).

Igualmente cabe recordar que la cuasiposesión del usufructuario, si bien podría ser útil para la adquisición del usufructo por prescripción, no puede de manera alguna servirle para invocar la adquisición por prescripción de la nuda propiedad de la cosa porque con relación a esta última él no tuvo una posesión "animus domini"; de donde se sigue que la posesión del usufructuario aprovecharía al nudo propietario (Salvat, R., ob. cit., T° II, p. 226 con citas de autores nacionales y extranjeros y jurisprudencia local). Y recuérdese además que los actos que sólo constituyen el ejercicio de meras o simples facultades legales o los que únicamente se realizan en virtud de la simple tolerancia del dueño del inmueble, no pueden servir de base ni de fundamento para la prescripción (Salvat, R., ob. y loc. cit.).

Con tan sólo contrastar las circunstancias antes meritadas con el orden ideario que vengo de resumir se patentiza otra evidente infracción en que incurrieran los recurrentes con respecto a sus propios actos anteriores dirimentes pues, en efecto, mientras primero intentaron presentarse como poseedores prototípicamente indígenas de consuno pretextaron serlo animus domini cuando, en definitiva, a lo largo del juicio quedó suficientemente acreditado que ninguna de ambas condiciones son ciertas.

Por ser así lo anterior no cabe ninguna duda, tampoco en esta cuestión, sobre que si bien la pretensión defensiva de los recurrentes está permitida tanto por la ley sustancial como procesal sin embargo, ut supra vimos, sus mismos hechos fundantes muestran tan sólo una mera apariencia de derecho que de ser cohonestada en esta Instancia redundaría en una situación intrínsecamente disvaliosa para los actores pues los expondría nada menos que a ver impedido su derecho a usar y gozar de su propiedad, terminaría por contrariar los fines mismos de la normativa, desde que conduciría a un virtual enriquecimiento incausado de los demandados, y comprometería en fin seriamente la buena fe. Tales circunstancias producirían a su vez un indudable daño a los actores trasuntado, esencialmente, en una injustificada afectación de su derecho dominial que, en las condiciones de revista meritadas, no reconocería causa eficiente o

fueron ninguna (arg. art. 499 Cód. cit.). Y ciertamente tampoco podría en tal hipótesis dudarse sobre la imputabilidad (responsabilidad) de todo ello a los actores en tanto pretendidos usucapientes subsidiarios.

Estoy pues persuadido que el proceder de los recurrentes con motivo o en ocasión de pretender prevalerse con fines únicamente defensistas de una inexistente pretensión posesoria, pretextando un animus domini del todo aparente, aún cuando pueda ser legítimo como ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo terminó mutando en un evidente antifuncionalismo producto de un ejercicio irregular de sus prerrogativas. Los demandados no "usaron" de su derecho de defensa sino que "abusaron" del mismo. Hubo un uso abusivo de su condición de meros intrusos mixturado con un claro intento por intervertir dicha condición por su sólo intención interna, o sea sin actos externos dirimentes, en posesión a título de dueño. Con lo cual quedó irremediabilmente comprometida esa loable interpretación finalista del derecho a la que hube referido en párrafos anteriores, que pretende casualmente prescindir de la pura y fría exégesis normativas para servir a un afán protectorio en pos de la justicia conmutativa, desde que usaron de sus derechos y/o facultades legales de una manera irrazonable y/o excesiva, en forma irregular, más allá de la necesidad determinada por su destino individual y desviándose de los fines para los cuales aquellos les fueran conferidos.

Mi última conclusión: siendo en cualquier caso dirimente para la suerte de su defensa el hecho de no haber los recurrentes reconvenido a los actores cuando éstos los demandaran por reivindicación y ad eventum fallando de manera evidente aquella prueba compuesta a la que hube aludido como conditio sine qua non para viabilizar útil y eficazmente cualquier pretensión posesoria, sin que quepa reparar en el evidente intento de los demandados por intervenir de manera puramente voluntarista aquel insuficiente título inicial por el sobreviniente de poseedores animus domini por actos externos que objetivamente -fuera de toda duda razonable- demuestren tal recaudo legal durante el lapso de al menos 20 años, es evidente que la relación de los demandados resulta notoriamente insuficiente para poder servir a una usucapión (art. 2352 Cód. cit. y su nota); falla la misma naturaleza de la posesión requerida ya que no exteriorizaron de modo suficiente y fehaciente su intención de comportarse como propietarios; la sedicente posesión nunca fue tal por haberse reducido a una ocupación y además no alcanzó al mínimo lapso legal; los recurrentes nunca hubieron aprehendido materialmente el inmueble rem sibi habendi en tanto y cuanto les faltó comportarse de

facto como si fueran dueños; si ya es muy dudoso el corpus como poder material ejercido sobre el inmueble, es obvio que nunca demostraron su autoinvocado animus con efectos externos objetivos, circunstancia esta que por su dirimente trascendencia sella la suerte negativa de la defensa porque así como sin posesión no hay adquisición del derecho de propiedad tampoco hay posibilidad de defenderse cuando los dueños reivindicán el dominio; y, en fin, del mismo modo que no fue demostrada una posesión comunitaria ancestral y/o tradicional indígena, tampoco se probó una posesión animus domini propia del derecho civil.

#### 7. Colofón.

Todo lo considerado precedentemente es más que suficiente para discernir la suerte negativa del recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal resolver lo siguiente: I) CONFIRMAR la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) IMPONER las costas de esta 2a. instancia a los apelantes vencidos (arts. 68 ap. 1º y cdt. Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada del Dr. Triventi en un 30 % y los de las Dras. Aravena y Huentelaf en un 25 % (arg. arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: lo que oportunamente se regule en 1a. instancia); IV) (De forma).

Así lo voto.-

A la misma cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Cuellar.

A igual cuestión el Dr. RIAT dijo:

Ante la coincidencia precedente sobre lo sustancial, me abstengo de opinar sobre los hechos concretos del caso (art. 271 del CPCCRN).

No obstante, aunque de acuerdo con esa coincidencia mayoritaria no se haya acreditado en este asunto específico una ocupación tradicional sobre las tierras en cuestión, cabe

dejar a salvo ciertas pautas generales en materia de posesión y propiedad indígenas ya expuestas anteriormente por la mayoría de esta Cámara ("Marín c/ Silva", 02/11/2015, SI 588/15; entre otros).

Ante todo, la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas es un derecho de fuente y rango constitucional (artículo 75, inciso 17, de la CN; y 42 de la CRN) reconocido además por diversos instrumentos internacionales como un derecho humano: el Convenio 169/1989 de la OIT; la CADH (cuyo concepto de propiedad -artículo 21- debe extenderse al de "propiedad comunal" o "comunitaria" de los pueblos indígenas según la interpretación de la Corte IDH, 31/08/2001, "Comunidad Mayagna -Sumo-Awas Tingni vs. Nicaragua", párr. 118 a 121); el PIDCP (especialmente artículos 26 y 27); el PIDESC de acuerdo con la Observación General 20 emitida el 02/07/2009 por el Comité DESC (E/C.12/GC/20); la CDN (artículos 2, 29 y 30), de acuerdo con la Observación General 11 del 12/02/2009 emitida por el Comité DN con respecto a los niños indígenas (CRC/C/GC/11); etcétera.

Bajo la supremacía de esas normas deben interpretarse y en su caso aplicarse las infraconstitucionales del derecho interno que puedan corresponder: por ejemplo, el Código Civil o las leyes rionegrinas D 2.287 ("Ley integral del indígena"), D 2.553 (de adhesión a la "Ley nacional 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas") y D 4.275 (de adhesión a la "Ley nacional 26.160 sobre emergencia en la posesión y propiedad indígenas", modificada por las leyes nacionales 26.554 y 26.894).

A la vez, la ocupación tradicional es un complejo vínculo material, espiritual y colectivo inescindible entre la comunidad y la tierra o el hábitat ancestral. Es un vínculo generalmente holístico, concebido como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen. Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras" (artículo 25). Y consideraciones similares ha formulado reiteradas veces la Corte Interamericana de Derecho Humanos (por ejemplo: Corte IDH, 27/06/2012, "Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", párr. 148, 149, 155, 204 y 207; Corte IDH, 04/09/2012 "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", parr. 144 y 183; Corte IDH, 24/08/2010, "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", párr. 86 y 113; Corte IDH, 25/05/2010, "Chitay Nech y otros vs. Guatemala", párr. 168; Corte IDH,

29/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", párr. 131; Corte IDH, 08/02/2006, "Comunidad Moiwana vs. Suriname", párr. 131; Corte IDH, 17/06/2005, "Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay", párr. 131; Corte IDH, 31/08/2001, "Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua", párr. 149; etcétera).

Puede inferirse entonces que, una vez detectada la subsistencia de una comunidad preexistente debe reconocerse necesariamente su vínculo también subsistente con la tierra original, porque una comunidad es jurídicamente inconcebible sin su tierra tradicional.

Luego, donde hay ocupación tradicional hay un derecho al reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias (artículo 75 -inciso 17- de la CN, y 14 -inciso 1- del Convenio 169). Al existir una comunidad indígena, la ocupación tradicional es un fenómeno que la Constitución presume como existente en vez de un requisito para reconocer la posesión y propiedad comunitarias. Véase que reconoce la posesión y la propiedad comunitarias de las tierras "que" "tradicionalmente ocupan", en vez de reconocer la posesión y la propiedad "si" "tradicionalmente ocupan" (artículo 75 -inciso 17- de la CN). Ello significa que la ocupación tradicional es un fenómeno que la Constitución presume como existente en vez de un requisito para reconocer la posesión y propiedad comunitarias. Y lo mismo vale para el Convenio 169 (artículo 14, inciso 1), fuente de aquel artículo constitucional, que utiliza la misma sintaxis.

Todo ello es además compatible con otras normas y declaraciones que reconocen a los pueblos indígenas la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que "tradicionalmente ocupan". Por ejemplo, la Declaración ya citada establece que los indígenas tienen derecho a mantener su propia relación espiritual con las tierras y recursos que "tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado" (artículos 25, 27 y 28), y a controlar las tierras y recursos que poseen en razón de "propiedad tradicional" u "otro tipo tradicional de ocupación o utilización (artículo 26.2). Y en Río Negro la Constitución local promueve en favor del indígena la propiedad inmediata de "la tierra que posee" (artículo 42), mientras la Ley Integral del Indígena se refiere a "la tradicional posesión" que precede a la provincialización (artículo 12 la ley D 2.287). Como se ve, la "ocupación tradicional" siempre subsistente al menos en su aspecto espiritual, es el dato clave para reconocer la posesión y propiedad comunitarias.

La subsistencia de ese vínculo complejo y holístico que es la ocupación tradicional (así se lo concibe internacional y unánimemente) constituye una presunción jurídica de la norma constitucional, la que evidentemente procura una reparación histórica. La

comunidad podrá haber perdido el elemento material, pero la ocupación tradicional debe reputarse siempre subsistente. Sin esa presunción, todo quedaría en letra muerta. Resultaría irónico exigir que la comunidad haya resistido heroica, milagrosa y materialmente instalada en la mismísima tierra a pesar de la conquista -casi siempre violenta-, la colonia, la inmigración, la afectación al patrimonio del Estado, el poder económico y la entrega en propiedad privada a personas extrañas (con el consiguiente derecho a la posesión civil excluyente: artículo 1941 del CCCN actualmente en vigencia). Por ende, los términos de la Constitución y del Convenio no pueden tener otro alcance que el de una presunción jurídica favorable a la comunidad. Ya bastante con el difícil relevamiento e identificación de las comunidades subsistentes. Lo demás ha de venir por añadidura: detectada la existencia de una comunidad originaria, la identificación con su tierra ancestral es inexorable -aunque es preciso demarcarla, obviamente-, y el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitarias un deber consiguiente.

Por eso mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido como estándar que la posesión material de la comunidad no es un requisito para su derecho sobre las tierras, aunque la buena fe del extraño que las detenta pueda justificar excepcionalmente en ciertos casos la adjudicación a la comunidad de otras tierras de igual extensión y calidad idóneas para sustituir a las originarias (Corte IDH, 29/03/2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", párr. 128, ap. 4). Sólo la pérdida total del vínculo podría derribar aquella presunción y el derecho correlativo (conf. "Sawhoyamaxa", párr. 131).

Repárese también que la ocupación tradicional se presume siempre actual, subsistente, una vez que se ha comprobado la supervivencia de una comunidad indígena. El término "actual" utilizado por la norma infraconstitucional que estableció el relevamiento de las comunidades originarias a efectos de cumplir con el imperativo supralegal (artículo 2 de la ley 26.160) es simplemente una redundancia que no quita ni agrega nada al concepto constitucional que pretende reglamentar, porque la ocupación tradicional de la norma superior siempre debe reputarse actual.

Como consecuencia de aquella presunción jurídica no podría interpretarse que los integrantes de la comunidad sean "intrusos" en sus propias tierras ancestrales, o que sus actos en ellas puedan considerarse "despojos" según las normas del derecho privado. Al contrario, según el Convenio 169, "en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén

exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes" (artículo 14, inciso 1).

Por todo ello, la ocupación tradicional tampoco requiere, obviamente, actos posesorios del derecho privado (artículo 1928 del CCCN actualmente en vigencia) y puede incluso coexistir con el ejercicio de esos actos por parte de terceros. Al contrario, es absolutamente improbable que una comunidad los haya ejercido tras la conquista, la colonia, la inmigración y la entrega de las tierras a personas extrañas, por las características y secuelas de esos fenómenos históricos (ver, por ejemplo, Ramella, Susana T., "Ideas demográficas argentinas -1930-1950-. Una propuesta poblacionista, elitista, europeizante y racista" y sus citas, especialmente las obras de Abelardo Lavaggi). Así, es intrascendente que los integrantes actuales de la comunidad hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera. Incluso es intrascendente que hayan celebrado cualquier negocio jurídico sobre las tierras o que hayan reconocido circunstancialmente la posesión civil de otro, porque esa posesión no puede extinguir a la inalienable e irrenunciable posesión comunitaria, aunque de hecho impida el pleno disfrute de ésta y por tanto deba removerse (artículo 75 -inciso 17- ya citado).

En fin, con esas salvedades genéricas, reitero mi abstención sobre el caso concreto en virtud de la mayoría conformada por mis colegas sobre lo sustancial (artículo 271 del CPCCRN).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

**RESUELVE:** I) CONFIRMAR la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) IMPONER las costas de esta 2a. instancia a los apelantes vencidos (arts. 68 ap. 1° y cdt. Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada del Dr. Triventi en un 30 % y los de las Dras. Aravena y Huentelaf en un 25 % (arg. arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: lo que oportunamente se regule en 1a. instancia); IV) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto a la partes por Secretaría; V) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

nsa

EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANGELA ALBA POSSE

Secretaria de Cámara