

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 24552/10-STJ-

SENTENCIA N° 40

//MA, 6 de junio de 2011.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Alberto I. Balladini y Víctor H. Sodero Nievas, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “CRIADO DE MARFUL, Irma E. c/LEMUNAO, Delia y Otros s/ INTERDICTO DE RECOBRAR – SUMARISIMO s/CASACION” (Expte. N° 24552/10-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto a fs. 194/208, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S

T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?- -----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?- ----- \n----- V O T
A C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:--

-

-----I. SENTENCIA RECURRIDA.-----

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia Interlocutoria N° 229 de fecha 12 de junio de 2009, obrante a fs. 180/183, resolvió: “I) Rechazar el recurso de fs. 115 y declarar abstracto el de fs. 162/163. II) Imponer///.- ///.-las costas por su orden”.-----

-----Esto es, confirmó la providencia dictada por el Juez Letrado de Primera Instancia N° 5 en lo Civil, Comercial y de Minería de San Carlos de Bariloche a fs. 114, que en lo que aquí importa, suspendió el trámite de las presentes actuaciones mientras dure la

emergencia declarada por la Ley Nacional N° 26.160 en materia de posesión y propiedad indígena. Ello, en virtud de lo informado por el CODECI (Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas), autoridad de aplicación de la Ley Provincial D 2287 (fs. 163/165 del expediente sobre medida cautelar, Causa N° 06182/06 del tribunal de origen, que está por cuerda), los demandados integran la “Comunidad Cañumil” y ésta es susceptible de ser subsumida en el concepto de “aquellas preexistentes” del régimen de emergencia (artículo 1 de la Ley Nacional N° 26.160 y artículo 1 del Decreto Reglamentario 1122/2007 del Poder Ejecutivo Nacional) y reclama justamente la posesión comunitaria de la legua “b” del lote 55, relacionado al inmueble que en autos aparece matriculado en el Registro de la Propiedad como 20-4646, NC 20-2-98060 (fs. 12 de la medida cautelar), objeto de este interdicto.- - - - -

-----Por su parte, la Cámara de Apelaciones confirmó dicha decisión, en la consideración de que: “...la ley 26.160 que declarase la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas originarias, reviste un indudable carácter tuitivo y por ende destinada a favorecer los intereses de los sujetos que alcanza, por lo cual, inexorablemente, debe interpretarse de manera ///.- ///2.-favorable tratando de incorporar dentro de sus alcances a todas aquellas personas o comunidades que reúnan las condiciones en ellas contempladas”.- - - - -

-----Que, “... el Consejo Provincial de Comunidades Indígenas, hubo informado que los demandados integran la “Comunidad Cañumil”, es evidente que forman parte del núcleo de las personas que la norma legal referida tiende a proteger, protección que debe otorgarse, en una interpretación similar a la que realizamos cuando nos toca decidir sobre la procedencia de una medida cautelar, de manera flexible tratando de favorecer los intereses de aquéllos para los cuales se dictase la legislación protectiva, que reviste la característica de ser “...de orden público...”.- - - - -

-----Que, “... el debate que propone la quejosa -ocupación efectiva- parece exceder el estrecho marco donde se decidiera la aplicabilidad de la ley 26.160, quedando reservado para cuando se tenga que adoptar un temperamento que ponga fin al litigio, acogiendo o rechazando el interdicto que promoviera. Ingresar, en este estadio, en su análisis implicaría el serio riesgo de anticipar un temperamento sin contar con todos los elementos de juicio que se irán incorporando durante la tramitación del proceso, soslayando las argumentaciones que particularmente introdujera la accionada al momento de responder al reclamo -véase fs. 69/73”.- - - - -

-----II. AGRAVIOS DEL RECURSO.- - - - -

-----Contra lo así decidido, interpone recurso extraordinario de casación, la parte actora a fs. 194/208, planteo que es///.- ///.-contestado por la demandada a fs. 220/223 de las presentes actuaciones.- - - - -

-----Al respecto, la recurrente aduce a fin de sustentar su aspiración de acceder a esta instancia de legalidad, que la sentencia impugnada ha incurrido: a) En la errónea aplicación de la Ley Nacional 26.160. Ello, en razón de efectuarse una interpretación incorrecta, haciendo extensivos los efectos de su art. 2* a un supuesto de hecho no contemplado por la norma, contrariando de tal modo su letra expresa y los fines perseguidos al momento de su dictado. b) En arbitrariedad, al no guardar sus consideraciones correlato con los antecedentes fácticos del supuesto ventilado, ni vincularse con el derecho vigente, ni hacerse cargo de las objeciones formuladas por su parte. Sostiene que de tal modo, omite expedirse sobre una cuestión esencial sometida a su decisión, por lo que el fallo carece de la debida y necesaria fundamentación para constituir un acto jurisdiccional válido. c) En la vulneración del derecho a la igualdad consagrado por el art. 16 y violación de los derechos y garantías estatuidas por los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, etc..- - - - -

-----III. EXAMEN DEL RECURSO.- - - - -

-----Ingresando ahora al examen de las cuestiones traídas a debate por la partes, adelanto mi opinión contraria a la procedencia del recurso de casación en examen. Doy razones:-

-----A.- Leyes 26160 y 26554. En el devenir del presente proceso, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.160 (prorrogada por la Ley Nacional 26554 hasta el 23-11-2013),///- ///3.-a la que adhirió la Provincia de Río Negro mediante la Ley D N° 4275 (consolidada por la Ley K 4312).- - - - -

-----Dicha legislación sobreviniente, que encuentra sus fundamentos en disposiciones de raigambre constitucional (art. 75, incs. 17 y 22 de la Constitución Nacional; art. 42, de la Constitución Provincial) e inclusive del derecho supranacional (Convenio 169 de la O.I.T.; “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” mediante la Resolución A/61/L.67 (07-49833 (S) 100907 100907 *0749833*) de la Asamblea General con fecha 7-9-2007 en el Sexagésimo Primer período de sesiones (Tema 68 del Programa), y en la preexistente Ley provincial D 2.287, resultan -como bien consideraron las instancias de grado- de inmediata aplicación a la causa, aún de oficio, pues la Ley Nacional 26.160, es de orden público (art. 6*).- - - - -

-----B.- Comunidad indígena (Ley D 2287). En el caso, no hay controversia respecto de que los demandados integran la “Comunidad Cañumil”, la que es susceptible de ser subsumida por sus invocaciones y en los hechos en el concepto de “aquellas preexistentes” del régimen de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras establecido por la citada Ley (art. 1*). Ello es así, no sólo conforme a lo informado por el CODECI en la condición de órgano de aplicación de la Ley D 2.287 y del Decreto 310/98 del Poder Ejecutivo Provincial (ver contestación de oficio del Presidente del citado Organismo en los autos que van por cuerda: “Criado de Marful, Irma c/Lemunao, Delia y otros s/Interdicto de Recobrar s/Medida///.- ///.-Cautelar”, Expte. N° 06182-06, fs. 163/165), sino porque así también lo reconoce la propia actora.-

-----C.- Contenido de la controversia. En relación a los agravios fundados en que los demandados no habrían acreditado fehacientemente -en autos- el cumplimiento del requisito de que la posesión “....debe ser actual, tradicional, pública....” que prevé el último párrafo del art. 2* de la citada Ley 26.160, si bien es cierto que la Cámara no se expidió al respecto de manera precisa -por no contar con todos los elementos de juicio, ni ser necesario en virtud de la normativa en esa instancia del proceso-, considero que a la luz de las constancias de la presente causa y las obrantes en el expediente sobre medida cautelar, resulta prudente y ajustado a derecho el criterio adoptado. No se está resolviendo en definitiva, sino suspendiendo la tramitación del proceso, dentro del régimen de emergencia y a los fines del relevamiento.- -----

-

-----Justifica dicha posición, la inexistencia de precisiones sobre las identificaciones catastrales de las tierras que pretenden (y/u ocupan) cada una de las partes, esto es la localización física de los espacios en disputa.- -----

-----Obsérvese que ni siquiera se habrían solicitado los expediente administrativos a la Dirección de Tierras y Colonias de la Provincia, ni existiría según CODECI, identificación catastral ni mensura definitiva sobre dicha porción de tierras en disputa (ver fs. 164 del Expediente N° 06182/06, en relación a la tierra que se describe por el Consejo como Legua “C” ///.- ///4.-y “D” del Lote 55 de la Sección IX, cuyos antecedentes giran por los Expedientes N° 10847/1970 y 103.564/28 del registro de la Dirección de Tierras y Colonias de la Provincia. Ni se advierten datos objetivos y completos provenientes de informes actuales y precisos de la Dirección de Catastro y Topografía de la Provincia. Hay que agregar la denuncia que se formula a fs. 83 del

Expediente N° 06182/06, de la que se deberá anotar por Secretaría a sus efectos al Ministerio Público Fiscal y a la mencionada Dirección de Tierras y Colonias.-----

-----D.- Marco normativo en vigencia al diligenciar la cautelar.- Planteo de nulidad. También coadyuva a confirmar el criterio de la Cámara, la circunstancia de que al momento de ordenarse el “desalojo” -como “medida cautelar”- el 15/12/2006 y al diligenciarse la misma el 10/01/2007 (ver acta de fs. 65/72 del Expte. N° 06182-06, por cuerda), ya se encontraba vigente la Ley Nacional 26.160, pues la misma fue sancionada por el Congreso de la Nación el 1/11/2006 y promulgada el 23/11/2006. Y a mayor abundamiento en orden a la desprolijidad del trámite, además, se habría practicado dicho acto procesal dentro del período de feria judicial (10/01/2007), sin haberse habilitado la misma, situación esta que derivara en un planteo de nulidad -por indefensión- que nunca fue tratado por los jueces intervinientes (ver fs. 63 y vta., 65/72, del Expte. N° 06182-06).-----

-----F.- Suspensión del trámite. En tal orden de situación, y considerando que uno de los objetivos de la Ley Nacional ///.- ///.-26.160 (y ahora, la prórroga de la Ley 26554) es precisamente el relevamiento técnico-jurídico-catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas, el que deberá realizar el I.N.A.I. (INSTITUTO NACIONAL DE SUNTOS INDIGENAS) durante el período de vigencia de la emergencia y al que adhirió la Provincia por Ley provincial D 4275, es que considero que debe ratificarse la decisión adoptada por el Tribunal “a quo”, en cuanto este confirmara la suspensión del trámite de las presentes actuaciones mientras dure la emergencia declarada por la citada Ley 26.160 (ahora conf. Ley N° 26.554, ver B.O. 11/12/2009) en cuestiones que refieren al régimen de emergencia en los estados de posesión y propiedad de tierras que ocupan las comunidades indígenas, principalmente con los indicados alcances de las Leyes Provinciales D 2287 y D 4275, con ajuste al art. 42 y cc. de la C.P. y el resto de la normativa nacional y supranacional ya referenciada. MI VOTO por el RECHAZO.----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Ballardini dijo:-----

-----Discrepo con la solución propuesta en su voto por el colega preopinante, en tanto concluye que debe ratificarse la decisión adoptada por el Tribunal “a quo”, en cuanto este confirmara la suspensión del trámite de las presentes actuaciones mientras dure la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, declarada por la Ley 26.160.

Doy razones:- - - - - ///.- ///5.-Del examen de las constancia de las presentes actuaciones y de los autos caratulados: “Criado de Marful, Irma E. c/ Lemunao, Delia y otros s/Interdicto de recobrar s/Medida Cautelar” (Expediente N° 06182-06, Registro del Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 5) solicitado oportunamente “ad efectum videndi”, se observa:- - - - -

-----1) Que la aquí recurrente, Irma Criado de Marful, inició el presente interdicto de recobrar, con fecha 16 de noviembre de 2006, relatando que habría sido despojada de su propiedad en el mes de abril del mismo año, por la señora Delia Lemunao y otros, por lo que solicitó, conforme a lo dispuesto por el art. 616 del rito, se disponga cautelarmente la inmediata restitución del inmueble desposeído (fs. 41/44).- - - - -

-----2) Que, formado incidente de medida cautelar conforme lo ordenado a fs. 46 del principal, el Juez de Primera Instancia ordenó desalojar a los actuales ocupantes del inmueble NC 20-4646, denominado “El Pantanoso” y entregar su tenencia provisional a Irma Criado de Marful (fs. 52/53, del Expte. N° 06182-06).- - - - -

-----3) Que, el día 10 de enero de 2007, el Juez de Paz de la localidad de Pilcaniyeu, de acuerdo a lo ordenado en la resolución antes citada, procedió a efectuar el desalojo (ver Acta de desalojo a fs. 65/71).- - - - -

-----4) Que, con fecha 4 de mayo de 2007, la parte actora hizo saber que el día anterior (3/05/07), aproximadamente a las 18 hs., fue nuevamente despojada del campo de su propiedad, situación esta luego constatada por la autoridad policial ///.- ///.-el 7 de mayo del mismo año, conforme Acta de reconocimiento y constatación labrada a fs. 105/106 del incidente.- - - - -

-----5) Que, a fs. 109 la parte actora solicitó se dispusiera lo necesario para hacer efectiva la medida cautelar oportunamente ordenada, y la restitución de la tenencia del inmueble que le fuera otorgada hasta la resolución del interdicto.- - - - -

-----6) Que, con fecha 17 de mayo de 2007, el Juez de Primera Instancia, en atención a que la medida cautelar decretada se encontraba firme y a lo que surgía del acta policial antes referenciada, ordenó intimar a Delia Lemunao y Lucio Espinosa y a los restantes ocupantes para que en el plazo de 5 días desocupasen el inmueble, o en su caso, acreditasen los requisitos de la ley 26.160 (ver fs. 110).- - - - -

-----7) Que, interpuesto recurso de revocatoria con apelación en subsidio, dicha decisión fue confirmada; primero por el Juez de Primera Instancia a fs. 113, y luego por la

Cámara, mediante Auto Interlocutorio N° 295, de fecha 12/07/2007 (fs. 116/117).

-----8) Que, a fs. 135/139 se presentó el co-demandado Lucio Estanislao Espinosa a contestar el requerimiento Ley 26.160, invocando, además de la identidad indígena Mapuche, que el predio rural objeto del interdicto de recobrar, en el cual ejercería posesión tradicional, integra el territorio de la “Comunidad Cañumil”, cuyas tierras fueron reconocidas por la Ley de Reserva 790, modificada por la Ley 2200/87, Decreto 2284, territorio ubicado en el Paraje Huarraca en la ///.- ///6.-Provincia de Río Negro.- -

-----9) Que, a fs. 140 el Juez de Primera instancia ordenó librar oficio al Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (CO.DE.C.I.) y al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.) para que informen dentro del plazo de 10 días: a) si la comunidad Cañumil se hallaba comprendida en el art. 1* de la Ley 26.160; b) si dicha comunidad ocupa tradicionalmente el inmueble 20-46-46 NC 20-2-980.600 ubicado en el Paraje “El Pantanoso” sobre la ruta provincial N° 80; y c) si Delia Lemunao, Ramón Héctor Espinosa, Agustín Nicanor Espinosa y Lucio Estanislao Espinosa integran o han integrado dicha comunidad.- - - - -

-----10) Que a fs.163/165 el Presidente del CO.DE.C.I., órgano de aplicación de la Ley 2.287/88 y Decreto 310/98, en lo que aquí importa, informó: a) que la Comunidad Cañumil se encuentra comprendida en el art. 1° de la Ley 26.160; b) que en referencia a la ocupación tradicional del inmueble que catastralmente se identifica como 20-46-46 NC 20-2-980.600, ubicado en el paraje “El Pantanoso”, dicho Consejo no puede precisar tal información; y c) que Delia Lemunao, Ramón H. Espinosa, Agustín Espinosa y Lucio Estanislao Espinosa integran o han integrado la Comunidad Cañumil.- - - - -

-----11) Que, a fs.170/171 el Presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) informó: a) que la Comunidad Cañumil no ha realizado trámite de inscripción de su Personería Jurídica en el Registro Nacional obrante en ese Instituto, existiendo la posibilidad de que la mencionada registración///- ///.-haya sido tramitada en el organismo provincial competente; aclarando que se entiende como preexistentes a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería Jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci.) u organismo provincial competente. b) Que respecto a la ocupación tradicional del inmueble 20-46-46 NC 20-2-980.600, ubicado en el Paraje “El Pantanoso” sobre la ruta N° 80, el INAI no cuenta con información referida a los territorios de ocupación

tradicional de dicha Comunidad. c) Que no existen datos en el INAI, acerca de si Delia Lemunao, Ramón H. Espinosa, Agustín Espinosa y Lucio Estanislao Espinosa integran o han integrado la Comunidad Cañumil.-----

-----En tal orden de situación, y conforme a las constancias antes referenciadas, advierto que no se encuentran cumplidos -en el caso-, los presupuestos de aplicación de la Ley 26.160.-

-----Presupuestos y/o condiciones de aplicación que surgen claramente del texto de los arts. 1* y 2* de la norma. De los mismos se desprende que se ha declarado la emergencia “en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta...o aquellas preexistentes, por el término de cuatro años” (art. 1*). Plazo que fue prorrogado hasta el 23 de noviembre de 2013 por la Ley 26.554 (B.O. 11/12/2009). Por dicho término se suspende “la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación///- ///7.-de las tierras contempladas en el art. 1°. La posesión debe ser actual, tradicional, pública, y encontrarse fehacientemente acreditada” (art. 2*).-----

-----En tal orden de de ideas, conforme a los textos transcriptos, se advierte que las condiciones que deben concurrir para que opere la protección legal (suspensión de ejecución de sentencias, actos procesales, etc.) son de dos tipos: a) La primera, vinculadas a los sujetos beneficiarios de la protección: debe tratarse de miembros de comunidades indígenas originarias, con personería jurídica inscripta o preexistente; y b) La segunda, referidas al objeto protegido: debe tratarse de las tierras que dichos sujetos ocupan en forma “actual, tradicional y pública”, debiendo dichas circunstancias, además, encontrarse “fehacientemente acreditadas”.-----

-----En el caso, si bien podría considerarse cumplido el requisito subjetivo, de conformidad a lo informado por el CO.DE.C.I. y lo admitido por la propia recurrente, los demandados integrarían la “Comunidad Cañumil”, comunidad que encuadra en “aquellas preexistentes” del régimen de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras establecido por la Ley 26.160 (art. 1*), de la simple lectura de las constancias de la causa se advierte, que -en autos- no se encuentra acreditado que la posesión invocada por los demandados sea actual, tradicional y pública como lo exige la propia ley. Muchos menos, que tales condiciones en la posesión y/u ocupación, se encuentren “fehacientemente acreditadas” ///- ///.-como también lo requiere la parte final del artículo 2* de la mencionada norma.-----

-----A lo expuesto, se agrega además en desmedro de la aplicación de la ley 26.160, que la última ocupación (vía despojo) de los demandados, fue realizada en mayo de 2007, en violación de la sentencia judicial (medida cautelar) que oportunamente ordenara el desalojo de los aquí accionados.- -

-----En tal orden de situación, más allá del carácter tuitivo que reviste la Ley 26.160, su normativa no puede amparar ni proteger a los protagonistas de un despojo por el sólo hecho de invocar la calidad de miembros de una comunidad originaria y/o preexistente; justamente por ello, se exige que la ocupación sea “actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada”- pues de la ilegitimidad no puede nacer derecho alguno y obviamente dichos sujetos no están exentos de la aplicación de las normas que vedan el despojo, como de las que obligan a los ciudadanos a recurrir a los Tribunales para dirimir sus conflictos, impidiendo la justicia por mano propia como un postulado esencial del orden y la paz social que la república debe procurar.- - - - -

-----Por el contrario, la suspensión de la ejecución de sentencias y actos procesales o administrativos dispuesto 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 ///.- ///8.-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 sola invocación de aquella norma.- - -

-----En conclusión, atento a que en el caso, los demandados no han logrado demostrar el cumplimiento de los requisitos que prevé la Ley 26.160, específicamente en lo que refiere a que la ocupación de las tierras sea actual, tradicional, pública y se encuentre fehacientemente acreditada, corresponde entonces revocar la decisión que ordenara la suspensión del trámite de las presentes actuaciones mientras dure la emergencia declarada en materia de posesión y propiedad indígena. Máxime, considerando, que en autos nos encontramos frente a una acción y/o remedio policial urgente, en el que no se discute ni decide el derecho a la posesión o la tenencia, sino solamente la existencia de

ellas, debiendo protegerse el estado de cosas hasta que la justicia se pronuncie en definitiva sobre la relación sustancial.- - - - -

-----Es que los interdictos han sido instituidos a fin de evitar que los litigios se solucionen sin el auxilio del Estado, como un modo de prevenir la violencia y el intento de justicia por sí mismo (conf. CSJN., 22.2.83, Rep.ED. 17-61///.- ///.-Nº 1; CNCiv., Sala E, 14.11.85, LL 1986 C-65).- - - - -

-----En tal sentido, se ha dicho que el interdicto de recobrar tiene por finalidad prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo, por lo que resulta así ajena a dicha vía la dilucidación de las relaciones de derecho que puedan vincular a las partes, cuestiones que deben ventilarse ante el juez competente y en la forma que corresponda (CS, 30.12.1997, Fallos 320:3004; CNCic., Sala A, 24.10.1995, La Ley, 1997-D, 844).
MI VOTO por la AFIRMATIVA.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----Ante la disímil posición asumida por los señores Jueces que me precedieron en el orden de votación, se impone al suscripto dirimir la disidencia para dotar de la mayoría necesaria a la presente sentencia.- - - - -

-----Adelanto desde ya mi coincidencia con la postura sustentada por el sufragante en primer término, Dr. Luis Lutz, superando de tal modo la disparidad de criterio expuesta por los magistrados preopinantes respecto de la aplicación -en el caso-, de la Ley 26.160 que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país.- - - - -

-----Al respecto, estimo relevante destacar el plexo normativo que a criterio del suscripto es de aplicación en el caso en examen:- - - - -

-----I) Convenio OIT Nº 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en Ginebra, Suiza en ///.- ///9.-la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (ratificado por la Ley 24.071).- - - - -

-----Artículo 14) 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, 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.- - - - -

-----2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.-----

-----3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.-----

-----II) Constitución Nacional: Artículo 75. Corresponde al Congreso: inciso 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega///.- ///.-de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.-----

-----III) Constitución de la Provincia: Artículo 42. El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse.-----

-----IV) Ley N° 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes (Boletín Oficial 12/11/1985 - ADLA 1985 - D, 3647), a la cual la Provincia de Río Negro adhirió mediante Ley N° 2553 (LIII-A, 1195).-----

-----V) Ley D N° 2.287: Artículo 1* - Esta Ley tiene por objeto el tratamiento integral de la situación jurídica, económica y social, individual y colectiva de la población indígena, reconocer y garantizar la existencia institucional de las comunidades y sus organizaciones, así como el derecho a la autodeterminación dentro del marco constitucional, ///.- ///10.-implicando un real respeto por sus tradiciones, creencias y actuales formas de vida. Artículo 2*- Entiéndese como población indígena a los miembros de las comunidades, concentradas y dispersas, autóctonas o de probada

antigüedad de asentamiento en el territorio de la Provincia, cuyas formas de vida estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones. Se considera "indio mapuche" a todo aquel individuo que, independientemente de su lugar de residencia habitual se defina como tal, y sea reconocido por la familia, asentamiento o comunidad a que pertenezca en virtud de los mecanismos que el pueblo mapuche instrumenta para su reconocimiento. Artículo 11*- Dispónese la adjudicación en propiedad de la tierra cuya actual posesión detentan los pobladores y/o comunidades indígenas existentes en la Provincia.-----

-----VI) Anexo I de la Ley K 2430 (ex Ley 3830, "Carta de los derechos de los ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia": * 32.- Los ciudadanos indígenas en las Provincias de la Patagonia tienen derecho a recibir una protección adecuada de la Administración de Justicia con el objeto de asegurar que comprenden el significado y trascendencia jurídica de las actuaciones procesales en las que intervengan por cualquier causa.-----

-----Los Jueces y Tribunales así como el Ministerio Fiscal velarán en todo momento por el cumplimiento de este derecho. La Administración de Justicia asegurará una atención propia de la plena condición de nacional de los ciudadanos de ////.-///.-comunidades indígenas nacidos en el territorio de la República de conformidad a las disposiciones de la Constitución Nacional y de las Provincias de la Patagonia, los Tratados y convenciones internacionales ratificados por la República.- - -

-----VII) Ley D N° 4.275: Artículo 1* - La Provincia de Río Negro adhiere en todos sus términos a la Ley Nacional N° 26.160 de Emergencia en la Posesión y Propiedad Indígena.- - - - -

-----En tal orden de situación, teniendo en vista dicha ley y su decreto reglamentario N° 1122/2007, y los fundamentos que dieron lugar a su sanción, entre ellos especialmente el Convenio N° 169 de la OIT y la nueva cláusula constitucional del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, no tengo dudas sobre la aplicación en el caso, de la Ley 26.160.- - - -

-----Es que, como señalara el Juez del primer voto, no hay controversia respecto de que los demandados integran la "Comunidad Cañumil", la que es susceptible de ser encuadrada en "aquellas preexistentes" del régimen de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras, no sólo porque así lo informó el CODECI, órgano de aplicación de la Ley D 2.287 y Decreto 310/98 del Poder Ejecutivo Provincial, sino porque también así lo reconoce la propia actora.-----

-----Tampoco advierto como obstáculo de aplicación de la ley las previsiones establecidas en su art. 2), en cuanto establece que: “...La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada”.-----

-----En relación a la expresión “actual”, observo que se trata de una redundancia, por cuanto nadie puede ser desalojado///.- ///11.-o expulsado si no se encuentra actualmente ocupando la tierra.-----

-----En el caso, tanto al momento de sanción (01/11/2006) como de la promulgación de la Ley (01/11/2006), publicada en el Boletín Oficial el 29/11/2006 (ADLA 2007 - A, 6), los demandados se encontraban ocupando el inmueble en cuestión, por lo que cuando el Juez de Paz de Pilcaniyeu procedió a efectuar el desalojo (10/01/2007) ordenado por el Juez de Primera Instancia, la declarada emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que suspendiera la ejecución de sentencias y/o actos procesales cuyo objeto sea el desalojo o desocupación, ya se encontraba vigente. Ello surge no sólo de las presentes actuaciones y de los autos caratulados: “Criado de Marfil, Irma E. c/Lemunao, Delia y otros s/Interdicto de recobrar s/ Medida Cautelar” (Expediente N° 06182-06, Registro del Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 5) solicitado oportunamente “ad efectum videndi”, sino también del propio relato de la actora.-----

-----Que, en relación al recaudo de que la posesión debe ser “tradicional”, se observa que la norma reitera lo establecido en el art. 14, inciso 1) del Convenio N° 169 OIT, como en el art. 75 inciso 17) de nuestra Carta Magna, “las tierras que tradicionalmente ocupan”, que al decir del Diputado de la Nación por la Provincia de Jujuy en el debate de la ley, Carlos Daniel Snopek, contiene una definición muy importante que vale la pena señalar, “se trata de una tradición que implica más que un número determinado de años; implica probablemente hasta///.- ///.-generaciones de habitantes”.-----

-----Y agrega el Diputado Snopek: “De modo que la norma no se refiere a aquellos que aparecieron hace dos o tres días, que sabiendo que podía sancionarse la ley ocuparon un espacio y trataron de obtener su propiedad por una vía impropia. En la legislación argentina existen los remedios y las vías apropiadas para esto; no es esta norma la que permite accionar en ese camino inadecuado, indebido e ilegítimo”.-----

-----“Esta norma va en protección de las comunidades aborígenes, que implican un concepto del común, un concepto de una sociedad, un concepto de muchos individuos que tienen carácter de tradición en las tierras que ocupan. Por diferentes vías se intenta

desalojarlos de allí cuando, en rigor de verdad, son los pueblos originarios de América. Esto me parece importante, porque al hablarse de la tradición y de que ésta debe encontrarse fehacientemente probada hubo algunas voces que señalaron algunas cuestiones. Pero no hay que olvidarse de que en nuestra Constitución Nacional se contemplan dos derechos con igual grado de importancia o de significación. Si bien mi especialidad no es esta, no podemos dejar de interpretar las normas de la Constitución en este sentido. Me refiero al derecho de propiedad -que no solamente se compone de la parte registral sino también de la posesión- y a la preexistencia de los pueblos originarios, que tiene jerarquía y rango constitucional”.- - - - -

-----“En virtud de esta norma se declara la emergencia para que los indígenas no sean desalojados mientras transcurra el ///.-///12.-plazo indispensable para hacer las tareas necesarias para que en la Argentina terminemos de una vez por todas con este problema y ubiquemos definitivamente a las comunidades indígenas en aquellas tierras de las que nunca debieron salir”.- - - - -

-----“Para terminar, creo que vale la pena precisar que no estamos hablando de aquel grupo inmobiliario en el que si eventualmente hiciéramos un estudio de ADN a lo mejor aparecería alguna gota de sangre indígena, como en muchos de los que estamos aquí sentados. Estamos hablando de aquella comunidad que tiene una larga tradición en un lugar pero se la quiere desarraigar de su zona, dejándola sin trabajo, sin la posibilidad de subsistencia y con el riesgo de ser expulsada de su propia tierra, que por tradición, origen y pertenencia le corresponde.” (Reunión No. 36 - 26a. Sesión ORDINARIA, celebrada el 01/11/2006).- - - - -

-----De lo expuesto, también se deduce que el invocado requisito de que la posesión, además de ser actual, tradicional, pública, debe encontrarse “fehacientemente acreditada”, no puede ser un obstáculo y/o impedimento en el camino de los indígenas hacía la ejecución y/o ejercicio de sus derechos.- - - - -

-----Es que, como adujera la Diputada Nacional Marta Maffei al observar la redacción del citado art. 2, ¿Qué hay que hacer para demostrar fehacientemente que se vive en un lugar que se ocupa de modo tradicional o ancestral y público? En todo caso debería requerirse a quien pretende conculcarles sus ///.- ///.-derechos que demuestre que la posesión indígena no es ancestral ni pública (Reunión No. 36 - 26a. Sesión ORDINARIA, celebrada el 01/11/2006).- - - - -

-----En tal orden de ideas, considero que el cumplimiento o no del requisito mencionado, en cuanto a que la posesión debe... “encontrarse fehacientemente

acreditada”, dependerá y surgirá del relevamiento técnico –jurídico- catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas que expresamente ordena realizar el art. 3 de la citada ley. De lo contrario, no se explicaría para que la ley ordena disponer la suspensión de las ejecuciones y/o trámites de desalojo, si ya se encontrara “fehacientemente acreditado” que la posesión de la comunidad indígena es actual, tradicional y pública, pues en ese caso, ya no se justificaría la aplicación de la Ley 26.160, sino que debería aplicarse el derecho reconocido expresamente en el art. 75, inc. 17) de la Constitución Nacional y art. 14, apartado 1*, de la Convención N° 169 OIT (ratificado por la Ley 24.071).- - - - -

-----Ello es así, por cuanto como señala Gabriela A. Vázquez, el reconocimiento de la propiedad de los pueblos indígenas que realiza el citado art. 75 inc. 17) de la Ley Fundamental, importa un acto institucional del Poder Constituyente que, por su carácter declarativo, tiene cierto parangón con las sentencias pronunciadas en los juicios de reivindicación, que tienen como característica primaria configurar una declaración de derecho a favor del propietario reivindicante (VAZQUEZ, Gabriela A., Principio de congruencia, desalojo y ///.- ///13.-propiedad indígena, La Ley 2007-C, 307).- - - - -

-----En ese sentido, se ha dicho que: “Los efectos declarativos señalados no sólo descartan que la proclama constitucional tenga implicancias constitutivas del derecho, sino también que el reconocimiento de la titularidad de la propiedad se efectúa con retroactividad al inicio de la posesión ancestral. Esa retroactividad, como connotación de los efectos declarativos, muestra algún paralelismo con los efectos de la partición del condominio y de la comunidad hereditaria (arts. 2695, 2696 y 3503, Cód. Civil). Así, los pueblos indígenas deben ser considerados propietarios de las tierras respectivas desde la posesión inmemorial y como que ningún otro, desde entonces, hubiese tenido algún derecho de propiedad sobre ellas”.- - - -

-----"No es descartable, que el reconocimiento retroactivo de la propiedad comunitaria indígena afecte intereses de quienes fueran titulares meramente formales, simplemente aparentes o con emplazamiento registral a su nombre. La decisión constitucional no enervará la articulación de los mecanismos resarcitorios que estos sujetos podrán poner en marcha, pese a que el Estado haya obrado en ejercicio legítimo de su derecho. Esa indemnización lo será, en su caso, a título de responsabilidad del Estado por su actuar lícito”.- - - - -

-----"Hablamos de responsabilidad del Estado por su actuar lícito aunque enfatizamos

que el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional no importa una ley de expropiación. El instituto de la expropiación supone que el Estado provoca la transferencia forzada de la propiedad de un sujeto público///.- ///.-o privado para satisfacer un interés público, dando por sentado que la propiedad le pertenece al expropiado. Muy por el contrario, la Constitución Nacional, en la disposición que nos ocupa, lejos de admitir que el propietario sea un tercero distinto de los pueblos indígenas y se concreta a reconocer su titularidad originaria a favor de ellas”.- - - - -

-----“Lo que queremos significar es que el mero hecho de que un inmueble que se declare objeto de reconocimiento, en el marco del sistema legal tuitivo del pueblo indígena respectivo, se encuentre registrado a favor de terceros, aún con base en una causa de adquisición que pudiere calificarse como título suficiente, no es per se obstáculo para que se defina la contienda del petitorio en favor del sujeto aborígen, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que el titular inscripto pudiere reclamar al Estado.- - - - -

-----Es que, como afirmara el Maestro Bidart Campos: "El art. 75 inc.17 prevé en forma operativa y directa un régimen diferente a la normativa del Código Civil en materia de propiedad y de derecho sucesorio." (ALTERINI, Jorge – CORNA Pablo – VAZQUEZ, Gabriela, Propiedad Indígena, p. 163).- - - -

-----En conclusión, partiendo de la premisa de que uno de los objetivos que prevé la ley 26.160 es precisamente efectuar un censo y/o relevamiento técnico–jurídico–catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas, esto es en definitiva clarificar la situación de hecho y de derecho en que se encuentran las tierras en disputa, es que considero que debe confirmarse///.- ///14.-la decisión de las instancias inferiores que suspendiera el trámite de las presentes actuaciones mientras dure la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas, declarada por la citada Ley 26.160.- - - - -

----- Máxime, considerando que a los límites naturales del interdicto de recobrar impuestos por las normas de fuente interna, que repelen el debate acerca del derecho real de propiedad, se suma el compromiso específico contraído por nuestro país en el orden internacional de “instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (art. 14, apartado 3, Convenio OIT citado). Esta preceptiva permite una lectura lo suficientemente amplia que conduce a afirmar, en el presente estadio

procesal, la falta de idoneidad del proceso de desalojo cuando en la esfera defensiva se esgrime, con apoyatura probatoria aunque más no fuera breve y sumaria, a la manera de la cognición cautelar, que el objeto del desahucio comprende a un inmueble sobre el que pende un debate fundado en el régimen jurídico de la propiedad indígena, ya sea que se trate de la versión “comunitaria” reconocida por el Convenio 169 OIT y el art. 75 inc. 17 de la C.N., como la que hubiese sido adjudicada en propiedad individual, con el aval de las leyes provinciales o en la ley nacional 23.302 (Afla, XLV-D, 3647) (conf. VAZQUEZ, Gabriela. Ob. cit.)- - - - -

-----Esta obligación, voluntariamente contraída por la///.- ///.-República Argentina en el plano internacional desde la ratificación del Convenio OIT N° 169, explica la Ley 26.160. Efectivamente, este texto, luego de declarar, por el término de cuatro (4) años (prorrogado por la ley 26.554 hasta el 23/11/2013), la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes (art.1º), dispuso suspender, por igual lapso, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, cuando la posesión es actual, tradicional, pública y se encuentra fehacientemente acreditada (art. 2*). Todo ello, con el fin de que se cumplimentasen las necesarias tareas previas de relevamiento técnico, jurídico y catastral orientadas a la regulación dominial.- - - - -

-----Tampoco debemos olvidar que, para los pueblos autóctonos la tierra no es una mera extensión geográfica sino más bien el asiento de una relación ancestral y espiritual que no se expresa acertadamente a través de las tradicionales figuras jurídicas. No se trata tanto de una delimitación de lo propio y de lo ajeno, sino de un espacio existencial donde acaso el hombre no se presenta como propietario de la tierra, sino esta se subjetiviza y aprisiona al hombre en sus entrañas y se hace propietaria del él. Se desdibuja la idea que sustenta la propiedad individual de raíz romana, proyectada en los ///.- ///15.-códigos decimonónicos. Se trata de una dimensión cultural donde se recrean los mitos, las historias y las tradiciones, que enlaza el presente con el pasado a través del culto de los muertos” (conf. ALTERINI, Jorge H. _ CORNA, Pablo – Vázquez, Gabriela, “Propiedad Indígena”, Ed. Librería Histórica de Emilio J. Perrot y Educa, Buenos Aires 2005, p.41) A esta dimensión extramatrimonial alude explícitamente el art. 13 apartado 1* del Convenio 169 de la OIT, cuando dispone que “los gobiernos

deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras o territorios...”.- - - - -

-----Por ello, como observara la Diputada Nacional Maffei en la Sesión Ordinaria del 1/11/2006 antes citada, resulta fundamental comprender cabalmente que significa el desalojo de una comunidad indígena. No es de modo alguno comparable a un desalojo urbano ya que en estos casos la personas pierden únicamente (y que no es poco desde luego) su vivienda, en tanto que los desalojos rurales significan la pérdida del trabajo, del alimento, de la cosecha, de las herramientas, y de los animales ya que fuera de la tierra no hay posibilidades de mantenerlos y alimentarlos, ni a los animales ni a los seres humanos que viven en ella.- - - - -

-----En conclusión, considerando el carácter de orden público de la ley, y que la misma sólo viene en definitiva a suspender la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas a ///.-///.-efectos de esclarecer la situación de hecho y de derecho de las mismas, es que me pronuncio a favor de la aplicación –en el caso-, de la Ley 26.160, adhiriendo así a la postura adoptada en su voto por el doctor Luis Lutz.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 194/208. II) Imponer las costas en la instancia extraordinaria a la actora. Regular los honorarios de las Dras. M. Graciela CARRIQUEO y Ana HUENTELAF en el 30% y de los Dres. Juan Carlos ROJAS y Juan Manuel GARCIA BERRO en el 25% de los montos que se determinen en la instancia de origen (art. 14 L.A.). III) Oficiar al Ministerio Público Fiscal y a la Dirección de Tierras y Colonias de la Provincia, adjuntando para conocimiento y demás efectos a que haya lugar copias certificadas de fs. 26 y 81/84 del Expte. N° 06182/06. MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 194/208, y en consecuencia, revocar la Sentencia Interlocutoria dictada por la Cámara de Apelaciones a fs. 180/183 y la providencia dictada por el Juez de Primera Instancia a fs. 114, en cuanto dispusieron la suspensión del presente proceso. Con costas (art. 68, del CPCyC.). II) Disponer que una vez notificada y firme la presente ///.- ///16.-sentencia, se devuelvan las presentes

actuaciones a la instancia de origen para que continúen según su estado. III) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Juan M. GARCIA BERRO y Juan Carlos ROJAS -en forma conjunta-, en el 35%; a las doctoras Margarita Graciela CARRIQUEO y Ana Dominga HUENTELAF, en el 25%. A calcular sobre los que oportunamente se le regulen a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). ASI MI VOTO.- - - - -

- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - -
- - - - -

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto del doctor Lutz, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

(POR MAYORIA)

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 194/208 de las presentes actuaciones.- - - - - Segundo: Imponer las costas en la instancia extraordinaria a la actora (art. 48 del CPCyC).- - - - - Tercero: Regular los honorarios profesionales de las doctoras M. Graciela CARRIQUEO y Ana HUENTELAF en el 30% y de los doctores Juan Carlos ROJAS y Juan Manuel GARCIA BERRO en el 25% de los montos que se determinen en la instancia de origen ///.- ///.- (art. 14 L.A.).- - - - - Cuarto: Oficiar al Ministerio Público Fiscal y a la Dirección de Tierras y Colonias de la Provincia, adjuntando para conocimiento y demás efectos a que haya lugar copias certificadas de fs. 26 y 81/84 del Expte. N° 06182/06.- - - - - Quinto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. LUIS LUTZ JUEZ - ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - EN DISIDENCIA - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: I

SENTENCIA N° 40

FOLIO N° 192/207

SECRETARIA: I