

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 10 de mayo de 2019. 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 "CONSEJO ASESOR INDIGENA (C.A.I.) C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO- S. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ( expte. 00345-039-09) S. MEDIDA CAUTELAR ( expte. N° N-3BA-13-CC-2015) S/ INCIDENTE (cc) (AMPLIACION MEDIDA DE SALVAGUARDA)" Nro.S-3BA-31-CC2017 (R.C. 02070-17) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica el Actuario, 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. RIAT dijo:

1º) Que corresponde resolver lo siguiente:

a) el pedido de desglose y nulidad subsidiaria que ha formulado la demandante (fs. 378/380) y sustanciado únicamente por la Comunidad Ancalao (fs. 553/555) respecto de la solicitud de explicaciones periciales formulada por ésta (fs. 361/365 y 373/376) y por el CODECI (fs. 366/367);

b) los pedidos de desglose y nulidad subsidiaria que ha formulado la demandante (fs. 378/380) respecto de la presentación efectuada el 23/11/2018 por la Provincia de Río Negro (fs. 360), sobre lo cual se ha guardado silencio a pesar del traslado dispuesto (fs. 548 y 552).

c) la revocatoria interpuesta por la demandante (fs. 510/513) contra punto III de la providencia del 27/12/2018 (fs. 484) en cuanto ha cursado una presentación del CODECI (fs. 466/473), revocatoria aquélla que fuera sustanciada por esta última (fs. 532/533).

d) las revocatorias con apelaciones en subsidios interpuestas por la Provincia (fs. 419/421) y por el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas -CODECI- (fs. 466/473), con la adhesión de la Comunidad Ancalao (fs. 502/505) y Alfredo Ernanz (fs. 522 vta), contra la resolución del 14/12/2018 (fs. 384/386) en cuanto ha rechazado el levantamiento de la cautelar dispuesta el 04/07/2017 (fs. 24/26) y ha dejado sin efecto la suspensión parcial de esa medida dispuesta el 15/12/2017 (fs. 137/138); revocatorias sustanciadas por la demandante (fs. 493/497 y 545/547).

2º) Que corresponde declarar extemporáneos los pedidos de explicaciones formulados

por la Comunidad Ancalao (fs. 361/365 y 373/76) y por el CODECI (fs. 366/367) respecto del peritaje antropológico realizado en autos (fs. 265/321) porque fueron formulados efectivamente fuera de término el 23/11/2018 (fs. 361, soslayando la invalidez formal de esa presentación), el 26/11/2018 (fs. 366) y el 29/11/2018 (fs. 376), cuando se encontraba vencido desde el 23/10/2018 -a las 9:30- el traslado dispuesto el 09/10/2018 (fs. 325).

Son tardías todas las excusas relativas a las copias formuladas por la Comunidad Ancalao (fs. 553/555), porque debieron plantearse con el pertinente pedido de suspensión de términos antes del 23/10/2018 a las 9:30, momento en el que ha vencido el plazo respectivo y precluido la oportunidad de explicaciones o impugnar el peritaje (artículo 473 del CPCCRN).

Recién el 05/11/2018 (fs. 339) y el 08/11/2018 (fs. 341) se insinuó tardíamente ese planteo con presentaciones que ni siquiera pudieron proveerse por sus defectos formales, jamás subsanados a pesar de las exigencias dispuestas al efecto (fs. 340 - último párrafo- y 342).

Por lo tanto, es atendible el cuestionamiento de la demandante (fs. 378/380), compatible con su anterior advertencia de que el plazo para evacuar el traslado del peritaje estaba vencido (fs. 343).

De todos modos, no es necesario desglosar los pedidos de explicaciones en cuestión (fs. 361/365, 366/367 y 373/76) ni decretar nulidad alguna al respecto, porque ningún perjuicio causa la subsistencia en el expediente de esas piezas no cursadas, a la vez que es suficiente con declararlas extemporáneas.

3º) Que, en cambio, corresponde rechazar el desglose de la presentación efectuada por la Provincia el 23/11/2018 a las 7:30 (fs. 360) porque ha sido temporánea, ya que se refiere al traslado dispuesto el 15/12/2017 (fs. 137/138, punto II de la parte resolutive), notificado el 15/11/2018 (fs. 358 vta.), en vez de referirse al traslado del peritaje dispuesto el 09/10/2018 (fs. 325), como erróneamente ha interpretado la demandante (fs. 379 vta.).

4º) Que corresponde rechazar la revocatoria interpuesta por la demandante (fs. 510/513) contra el punto III de la providencia del 27/12/2018 (fs. 484), sustanciada por el CODECI (fs. 532/533), ya que los recursos de ésta (fs. 466/473) contra la resolución del 14/12/2018 (fs. 384/386) fueron interpuesto en tiempo propio (artículo 30 del CPCCRN).

Véase que la notificación efectuada al CODECI el 14/12/2018 (fs. 508/509) surtió

efectos el 18/12/2018 (artículo 8 de la Acordada 5/2018 del STJ), de modo que el plazo para interponer revocatoria vencía el 26/12/2018 a las 9:30, mientras el plazo para interponer apelación vencía el 28/12/2018 a las 9:30, con independencia de la admisibilidad o inadmisibilidad de esos recursos (artículo 30 del CPA). Por lo tanto, la interposición de ambos el 26/12/2018 a las 8:18 ha resultado oportuna (fs. 473).

5º) Que corresponde hacer lugar a las revocatorias interpuestas por la Provincia (fs. 419/421) y por el CODECI (fs. 466/473), con las adhesiones de la Comunidad Ancalao (fs. 502/505) y de Alfredo Ernalz (fs. 522 vta), y revocar por contrario imperio y en cuanto fue recurrida la resolución del 14/12/2018 (fs. 384/386), en virtud de las siguientes razones.

a) Al momento del pronunciamiento impugnado (fs. 384/386) debían resolverse las siguientes cuestiones: 1) si correspondía dar participación procesal a la Comunidad Ancalao (fs. 74/75), al CODECI (fs. 132/136) y a Alfredo Ernalz (fs. 72) quienes, sin ser partes originarias de la cuestión principal, habían cuestionado la medida cautelar dispuesta el 04/07/2017 (fs. 24/26) porque les afectaba (fs. 72, 74/75 y 132/136); y 2) si correspondía acceder justamente a esos planteos formulados por Alfredo Ernalz (fs. 72), la Comunidad Ancalao (fs. 74/75) y el CODECI (fs. 132/136), que implicaban sintéticamente un levantamiento de la cautelar, lo cual fue sustanciado por la demandante -Consejo Asesor Indígena- (fs. 181/184) y la demandada del juicio principal -Provincia de Río Negro- (fs. 360).

b) Respecto del primer punto, la resolución el 14/12/2019 ha tenido por parte a Alfredo Ernalz, la Comunidad Ancalao y el CODECI "con los alcances delimitados en el considerando pertinente", es decir "en aquello que sólo hace a la materia propia de este incidente" (fs. 384 vta.).

Esa decisión ha quedado firme porque no ha sido impugnada. Por consiguiente, sin perjuicio de la participación que oportunamente se les pueda asignar en el principal, queda claro que aquéllos participan en este incidente como terceristas.

Recuérdese que, en general, el lenguaje jurídico denomina "tercero" a quien no participa de una relación jurídica determinada. En el caso de la relación jurídica procesal entablada por las partes originales cabe distinguir por lo menos cuatro categorías diferentes: 1) los terceros desinteresados en la cuestión sustancial que no toman intervención alguna (la comunidad en general); 2) los terceros desinteresados en la cuestión sustancial que intervienen en el procedimiento sin convertirse en partes (auxiliares, testigos, peritos, etcétera); 3) los terceros desinteresados en la cuestión

sustancial que, sin embargo, sufren alguno efectos del proceso e intervienen para resistirlos sin convertirse en partes principales (los llamados "terceristas", justamente como los de este caso); y 4) los terceros interesados en la cuestión sustancial que se incorporan al proceso como partes sucesivas (los "terceros" propiamente dichos en lenguaje procesal, de los cuales existen diversas subcategorías) (conf. Alvarado Velloso, Adolfo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil. Adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Río Negro", Sello Editorial Patagónico, 2012, Lecciones 15 y 16).

c) Respecto del segundo punto, existen elementos suficientes para revocar por contrario imperio la resolución impugnada en cuanto desestima el levantamiento parcial de la cautelar dispuesta el 04/07/2017 (fs. 24/26).

Esa medida consiste en la prohibición de innovar sobre las tierras ocupadas tradicional y verosímilmente por la Comunidad Kom Kiñé Mu en el Paraje Arroyo Las Minas, particularmente en adyacencias del sector denominado "piedra sentada" junto al Río Chubut, quedando especialmente prohibida toda clase de instalación o construcción y la introducción de ganado por parte de terceros.

Para dictarla, se ha tenido en cuenta que era efectivamente verosímil la posesión comunitaria derivada de la ocupación tradicional por parte de la Comunidad Kom Kiñé Mu.

No obstante, la Comunidad Ancalao (fs. 74/75), a la que también pertenece verosímilmente Alfredo Ernalz (fs. 69/70), con el beneplácito del CODECI (fs. 132/136) y de la propia Provincia (fs. 360), se han presentado alegando que la medida dispuesta afecta propia ocupación tradicional de la primera (Ancalao), a la que adscribe el segundo (Ernalz), particularmente en el acceso y uso de tres veranadas denominadas Cañadón Grande, Cañadón Chico y El Frutillar.

Obviamente, el juicio principal -al cual acceden las presentes actuaciones cautelares- no tiene por objeto dirimir conflictos entre distintas comunidades originarias. Tal como se recordara al momento de decretarse la cautelar, los diversos objetos que contiene la pretensión principal pueden clasificarse y sintetizarse así: 1) contencioso administrativo por omisiones del Estado relativas al reconocimiento de las tierras comunitarias, a la constitución de una comisión investigadora de irregularidades dominiales, a la entrega de otras tierras aptas y suficientes, a la publicidad registral, y a la nulidad absoluta de actos administrativos de despojo; 2) reparación integral; y 3) reivindicación de tierras.

Sobre esa base, el Superior Tribunal de Justicia ha dispuesto en el principal "sustanciar el proceso contencioso administrativo y oportunamente verificar el encuadre de cada

una las pretensiones de la actora con las Leyes Nacional 26160, y Provincial D N° 4275" (fs. 257, punto 2°); de lo cual se infiere que esta etapa del proceso versa sobre la responsabilidad de la Administración y no es factible disponer desalojos de particulares ni afectar otras posibles ocupaciones tradicionales. Asimismo y en concordancia con ello, esta Cámara ha dispuesto con posterioridad dejar en suspenso la citación de los terceros "hasta tanto se haya decidido la responsabilidad o no de la Provincia en los hechos denunciados" (fs. 426, punto II).

De modo que resolver un conflicto intracomunitario o intercomunitario desbordaría la competencia ordinaria del Tribunal delimitada por la pretensión litigiosa del caso. Esa extralimitación sería incompatible, además, con la libre determinación, la autonomía y el autogobierno de los asuntos internos y locales que proclama y promueve la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 4). En ese sentido, el propio peritaje antropológico ha señalado -refiriéndose particularmente a las veranadas- que "interviene la propia organización política de los colectivos mapuche. Al tratarse de territorios donde no corresponde la categoría de la propiedad privada individual, su uso y regulación está administrado por los mecanismos políticos internos de los colectivos en cuestión" (fs. 315).

Por consiguiente, para levantar la medida cautelar respecto de los terceristas alcanza con la simple verosimilitud o posibilidad de que ellos también ejerzan una ocupación tradicional -en las mismas tierras o en otras- afectada por la prohibición dispuesta en el caso. Y ese requisito ha quedado efectivamente acreditado.

El peritaje antropológico realizado permite inferir el uso y la ocupación al menos simultánea de la Comunidad Ancalao, tanto en tierras contiguas cuanto en las veranadas aludidas, cuyo acceso y disfrute queda afectado por la medida en crisis (fs. 265/321).

Según el peritaje citado, después de los despojos provocados por las campañas militares y los desplazamientos consiguientes, el pueblo mapuche se radicó en nuevas tierras de modo colectivo o individual, según el caso. Ambas modalidades se manifestaron justamente en el Paraje Arroyo Las Minas y en sus alrededores, donde se asentó colectivamente la tribu del Cacique Rafael Ancalao, e individualmente otros mapuches dispersos, ya sea con antelación a aquél, como Pascual Pereyra, Agustina Giménez y otros identificados como Rojas, provenientes de Azul, o con posterioridad a Ancalao, como Fernando Cayunao Pinda proveniente de Chile.

Los Ancalao se habían establecido en el sur de la Provincia de Buenos Aires a fines de la década de 1820, y habían colaborado en la defensa de la ciudad de Bahía Blanca

frente a los ataques del Cacique Calfucurá, razón por la cual se le había otorgado a Francisco Ancalao, padre de Rafael Ancalao, el grado militar de Sargento Mayor y Jefe Máximo de la Fuerza Auxiliar Indígena de la fortaleza. Tras el fallecimiento de Francisco en 1871, su hijo Rafael asumió el mando de la Comunidad, la que sufrió seguidamente diversos despojos y desalojos en la zona bonaerense, razón por la cual gestionó el otorgamiento de tierras en otra región en virtud de la "Ley del Hogar" sancionada el 2 de octubre de 1884. Fue así que por un Decreto del 17 de noviembre de 1900 se le concedió en los términos de dicha ley a Rafael Ancalao y a 143 indígenas de su comunidad el permiso de ocupación de una parte de la Colonia Cushamen, previamente creada por un Decreto del 5 de julio de 1899 para el asentamiento de los Caciques Rafael Nahuelkir y Miguel Ñancuche Nahuelkir y su gente. La Colonia Cushamen estaba delimitada al Norte por el Arroyo Chacay Hua Ruca, al Este por el Río Chico, al Sur por la Colonia Fofocahuel, y al Oeste por las Colonias Cholila, Fitirihuín y El Maitén. Una vez terminada la mensura de Cushamen en 1902, el área correspondiente a la Comunidad Ancalao quedó establecida en aproximadamente 98.000 hectáreas ubicadas al Norte del paralelo 42, Noreste de la Colonia El Maitén y Oeste del Río Chico. Para 1905, Ancalao y su gente ya habían tomado posesión del lugar junto a sus animales, tras un proceso de traslado iniciado al menos en 1901. Aunque el Paraje Arroyo Las Minas se encontraba fuera de los límites establecidos para la Reserva Ancalao, ciertos integrantes de ésta se asentaron de todos modos en aquél (fs. 270). Con posterioridad, dicha Reserva sufrió a través de los años una progresiva pérdida de la extensión originalmente asignada, fruto -según el peritaje- del incumplimiento del Estado en el reconocimiento efectivo del territorio previamente asignado. Este incumplimiento se encuentra en la base de los conflictos que se han generado de ahí en más entre distintas comunidades mapuches en torno a la ocupación de la zona, en principio insuficiente para un sustento adecuado.

Por su parte, Fernando Cayunao Pinda, nacido el 26 de junio de 1887, se asentó siendo muy joven en la zona de Arroyo Las Minas en la década de 1900, como ocupante individual de tierras devenidas en fiscales. Al principio trabajó como peón rural hasta iniciar su propia explotación ganadera. Fue adquiriendo tierras y extendiendo una serie de puestos sobre las costas de los arroyos El Portezuelo, Las Minas y Las Horquetas, terminando por abarcar un amplio espacio. Cayunao Pinda no formaba parte de los 143 miembros de la Comunidad Ancalao. Era un criancero trashumante que solamente contaba con un reconocimiento estatal como ocupante precario de la tierra. No obstante,

con el pasar del tiempo, sus descendientes se han organizado de diversos modos. Primero, como integrantes de la Junta Vecinal Arroyo Las Minas; después como una comunidad originaria: la Comunidad Kom Kiñe Mu. El principal criterio de identificación de dicha comunidad ha sido justamente la descendencia común de Fernando Cayunao Pinda, además del territorio, claro está.

Cabe aclarar que no hay indicios de que Fernando Cayunao Pinda integrara el colectivo de Juan Napal al que también se le asignara una fracción de la Colonia Cushamen por Decreto del 3 de noviembre de 1900. No figura al menos entre los 38 pobladores enumerados por esa norma.

Ahora bien, la medida cautelar del caso se ha dictado en el entendimiento de que la Comunidad Kom Kiñe Mu, asociada al Consejo Asesor Indígena (CAI), era verosíblemente la única ocupante tradicional de las tierras en cuestión, comprensivas de las veranadas Cañadón Grande, Cañadón Chico y El Frutillar. El objeto de la medida ha sido evitar que personas o entidades ajenas a los pueblos originarios menoscabaran esa ocupación verosíblemente tradicional durante el juicio. No ha sido, en modo alguno, entorpecer la ocupación de otras comunidades indígenas, ni dirimir diferencias o conflictos internos del propio pueblo mapuche, lo que excede largamente -se reitera- al objeto de la pretensión principal al que acceden estas actuaciones. Menos todavía ha sido provocar un enfrentamiento lastimoso entre ambas comunidades de un mismo pueblo originario.

Es así que la presentación de los terceristas y las constancias reunidas han venido a demostrar, por un lado, que existirían verosíblemente diversos vínculos entre ambas comunidades, impositivos de una distinción clara y tajante entre las dos; y, por otro lado, que la Comunidad Ancalao también ha ejercido verosíblemente una ocupación tradicional en las tierras del caso -particularmente en las veranadas-, concomitante o alternada con la ejercida por la Comunidad Kom Kiñe Mu. Esas circunstancias, a propósito de todo lo expuesto, son suficientes para levantar la cautelar respecto de los terceristas.

De acuerdo con el peritaje, ambas comunidades se relacionan de manera histórica por vínculos de parentesco, de vecindad, de comercio y de trabajo, y por haber padecido conflictos territoriales de causas comunes e incluso idénticas (fs. 285). Por lo pronto, el asentamiento colectivo de los Ancalao y el asentamiento individual de Fernando Cayunao Pinda obedecen al mismo proceso de expropiación territorial, política, económica y social sufrido por el pueblo mapuche al nacer los Estados de Argentina y

Chile. En similar sentido, han sufrido disputas semejantes con los mismos colonos llegados a la zona, tal el caso de los conflictos con la familia Sede señalados por las dos partes. Asimismo, según el peritaje no es raro encontrar ocupaciones, ventas, usurpaciones, recuperaciones y disputas hereditarias relativas a tierras ocupadas por ambas comunidades.

Asimismo, en una zona de población dispersa y de baja densidad demográfica, se ha producido un entrecruzamiento de relaciones familiares entre miembros de ambas comunidades. Según el peritaje, los propios integrantes de una y otra refieren muchas veces a antepasados comunes, o vínculos parentales de diferentes grados, con su correlato territorial. Por ejemplo, Esteban Cayunao, hijo de Fernando Cayunao Pinda, se identifica con la Comunidad Ancalao, aunque resida fuera del espacio territorial que la Comunidad Kom Kiñe Mu reivindica para sí. Como indica el peritaje, ello ilustra que del mismo poblamiento de Cayunao Pinda derivaron pertenencias a una u otra comunidad, lo cual demuestra verosímelmente el entrelazamiento existente.

El mismo Alfredo Ernalz, sobrino nieto de Ventura Ernalz, poblador arribado en 1913 a la margen derecha del Alto Río Chubut entre el Arroyo Las Minas y la angostura La Horqueta, fue miembro de la Comunidad Kom Kiñe Mu y, tras ser expulsado, se incorporó a la Comunidad Ancalao, lo que sugiere una afinidad o similitud de criterios de pertenencia entre una y otra.

En el mismo sentido, existen personas de la Comunidad Ancalao que residen en las tierras reclamadas por la Comunidad Kom Kiñe Mu; y a la inversa. Ello sugiere un espacio continuo y unificado de ocupación tradicional.

Según el peritaje, no es factible establecer antropológicamente si los miembros de la Comunidad Kom Kiñe Mu pertenecían antiguamente a la Comunidad Ancalao. No obstante, hace notar que algunos integrantes actuales de la primera aparecen firmando documentos emitidos anteriormente por la segunda (por ejemplo, fs. 1641/1645 del principal). Y, a la inversa, algunos integrantes actuales de la Comunidad Ancalao aparecen suscribiendo documentos como parte de la Kom Kiñe de Mu, o de la Junta Vecinal de Arroyo Las Minas, modalidad organizativa que los reunía hasta la conformación comunitaria formal (por ejemplo, 1704 del principal). El peritaje también hace notar la interacción desarrollada entre el poblamiento de Fernando Cayunao Pinda y la gente de Ancalao. El poblamiento de Cayunao Pinda fue posterior a la llegada de Ancalao, y aparece como un proceso independiente de la reserva, dado que se instaló por sus propios medios sin solicitar permiso al Lonko ni a las autoridades estatales.

Sin embargo, con posterioridad, el propio Cayunao Pinda se reconocía explícitamente integrante del colectivo Ancalao, como surge de una carta que en 1936 enviara al Director General de Tierras y Colonias. Ese indicio de pertenencia, francamente fuerte, coincide con la postura adoptada nada menos que por la propia Comunidad Kom Kiñe Mu al reconocer su pertenencia a la Reserva Ancalao en los autos "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo" (RC 13100-016-05), de acuerdo con lo que se infiere de la sentencia de primera instancia dictada el 12/08/2004, pese a las aclaraciones tardías de su letrado (fs. 175/176).

Es que, de acuerdo con el peritaje, a través de los años se gestaron múltiples vínculos de diferentes tipos entre los pobladores de la zona, quienes establecieron relaciones comerciales, laborales, matrimoniales, familiares y vecinales que atravesaron las pertenencias y generaron lazos múltiples y, en ocasiones, contradictorios.

Respecto de la ocupación específica de las veranadas en crisis, aunque su ocupación tradicional por parte del pueblo mapuche es muy anterior a la conformación formal de la Comunidad Kom Kiñe Mu (fs. 276), es verosímil -siempre en función del peritaje- que su poblamiento haya comenzado a principios del Siglo XX con la llegada de Fernando Cayunao Pinda, antecesor común de los miembros de aquella Comunidad con el cual se identifican. Incluso subsisten en la zona del Arroyo La Horqueta, lugar de acceso a las veranadas, los miembros de esa comunidad que tradicionalmente las han ocupado: los Cayunao, los Napal y los Romero.

No obstante, a pesar de esa ocupación tradicional, los miembros de la Comunidad Ancalao también han utilizado y utilizan esos mismos espacios introduciendo ganado entre los meses de septiembre y abril de cada año, aproximadamente.

Incluso los entrevistados por los peritos, integrantes de ambas comunidades, coinciden en señalar la existencia de un puesto y un corral en Cañadón Grande utilizado por la familia Toledo, integrante de la Ancalao (fs. 277). Las versiones recogidas por los peritos identifican también a los hermanos Valeriano Bustos, Vicente Bustos e Isidoro Bustos como integrantes de la expedición de Ancalao radicada en la zona aproximadamente en 1886. Una inspección practicada a principios del año 1936 constató que Isidoro Bustos poblaba una fracción en Arroyo Las Minas, ocupación que le fue respetada aunque estuviera fuera de los límites establecidos para la Comunidad Ancalao. Los Bustos habrían ocupado originalmente la veranada Cañadón Grande hasta retirarse y dar lugar a la ocupación de los colonos Sede, a quienes habrían continuado los Toledo aproximadamente desde la década de 1970, aunque los miembros de la

Comunidad Kom Kiñe Mu afirman que esa ocupación de los Toledo recién habría comenzado en los años 90 con una "puntita de animales" y en calidad de mero encargo. Obsérvese, de paso, que los Toledo descienden de la unión formada por Miguel Hugo Toledo y María Teresa Rojas, y que los Rojas ya habitaban la región cuando llegó Rafael Ancalao, todo lo cual sugiere la continuación de antiguas ocupaciones.

También existen indicios de ocupación tradicional de la veranada Cañadón Chico por los descendientes de Rafael Ancalao: su hijo Simón Ancalao, su nieto Simeón Ancalao y su bisnieto Carlos Ancalao. Una vez más, aunque esa veranada esté fuera de los límites de la Reserva Ancalao, lo cierto es que sus integrantes han participado de su ocupación tradicional, simultánea o alternadamente con otros ocupantes, incluidos los de la Comunidad Kom Kiñe Mu y algunos colonos. Con otras palabras, habrían integrado de hecho la veranada a la superficie reconocida por el decreto de 1900 (fs. 308). Es irrelevante a los efectos de esta resolución determinar si hubo una "superposición" de ocupaciones o una "construcción" del espacio por medio del poder o de condicionamientos. En cualquier caso, alcanza con la verosimilitud de que una comunidad originaria, en este caso la Comunidad Ancalao, ha ejercido una ocupación tradicional sobre ciertas tierras. Las versiones verosímiles de sus miembros recogidas por los peritos indican que ha sido así, a lo cual se suman las constancias de los expedientes administrativos consultados por los expertos que dan cuenta de esa ocupación por lo menos desde la década de 1980.

Algo semejante ocurre con la veranada El Frutillar. Según las versiones de la Comunidad Ancalao, esa veranada fue ocupada tradicionalmente por Simón Ancalao, quien la cedió a Delia Caifil, amén de las ocupaciones intermedias de colonos como Rolón y Sede, y de la ocupación tradicional de los miembros de la Comunidad Kom Kiñe Mu, particularmente de Héctor Romero. Esa trayectoria de ocupación es la brindada incluso por uno de los hijos de Cayunao Pinda, según el peritaje antropológico (fs. 309).

Resumiendo, puede decirse en función del peritaje que las veranadas de Cañadón Grande, Cañadón Chico y El Frutillar, han sido ocupadas por unos y por otros en una dinámica de construcción del territorio atravesada por relaciones de dependencia personal (parentesco, vecindad) y económica (laborales, comerciales), aunque no hayan sido igualitarias y a pesar de que los documentos y las memorias contengan huecos o baches de información (fs. 299). Debe tenerse en cuenta que, según el peritaje, el pueblo mapuche no es homogéneo en sus trayectorias, al tiempo que las diversas comunidades

no necesariamente sostienen el mismo vínculo con sus territorios.

Se reitera que éste no es el ámbito para dirimir conflictos entre las dos comunidades, ni analizar cuál de las dos ha honrado más su condición originaria. En tal sentido, no corresponde emitir juicios de valor sobre los diversos modos de "construcción" del espacio territorial adoptado por cada una de ellas, como la introducción de ganado en tierras de otra bajo el cuidado de la ocupante. Tampoco corresponde valorar las diversas estrategias adoptadas -seguramente con desesperación- para sobrevivir a la violencia y los despojos de la conquista, las campañas militares y la colonización, ya sea la resistencia, el colaboracionismo o la simple sumisión. Una ocupación tradicional, constituida por elementos materiales y espirituales, no puede reputarse perjudicada por eso, como tampoco se perjudica por la solicitud de tierras al Estado como "reserva" o "concesión fiscal", mecanismo al que parece haber recurrido la mayoría de los afectados, incluso Rafael Ancalao y Fernando Cayunao Pinda en este caso.

En el mismo sentido, una ocupación tradicional no depende de que las tierras ocupadas coincidan con una superficie delimitada por el Estado en calidad de reserva o de concesión fiscal, aunque eso pueda constituir algún indicio probatorio de aquella. De hecho, ninguna norma estatal ha establecido superficies reservadas para la familia y los descendientes de Cayunao Pinda, lo que no impide que la comunidad compuesta por ellos reclame las tierras afectadas de hecho a su ocupación tradicional; del mismo modo que la Comunidad Ancalao puede invocar y reclamar la ocupación tradicional de algunas tierras no comprendidas en la reserva original del Decreto del 17 de noviembre de 1900.

Por lo demás, la inspección ocular efectuada en el principal no es suficiente para descartar la ocupación tradicional y concomitante de la Comunidad Ancalao, ni se ha extendido hasta las veranadas del caso.

En definitiva, sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva en el principal y sin que implique prejuicio alguno, resulta verosímil la participación -al menos parcial o yuxtapuesta- de la Comunidad Ancalao en la ocupación tradicional de las mismas tierras pretendidas por la comunidad Kom Kiñe Mu, conclusión coincidente con lo postulado justamente por el CODECI, autoridad de aplicación de la Ley provincial D 2287 con funciones consultivas y resolutivas (ver especialmente fs. 69/70 y 132/136), lo cual justifica el levantamiento de la suspensión respecto de los terceristas.

6º) Que de acuerdo con los resultados propuestos y las peculiaridades de las cuestiones planteadas, de difícil precisión, corresponde imponer en el orden causado las costas de

todo lo aquí resuelto, teniendo en cuenta que todas las partes pudieron considerarse con razonable derecho a peticionar como lo hicieron, particularmente sobre la cautelar en sí (artículo 68, segundo párrafo, del CPCCRN).

7º) Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: I) DECLARAR extemporáneos los pedidos de explicaciones formulados por la Comunidad Ancalao (fs. 361/365 y 373/76) y por el CODECI (fs. 366/367) respecto del peritaje antropológico realizado en autos (fs. 265/321). II) RECHAZAR el desglose pedido por la demandante (fs. 378/380) respecto de la presentación efectuada por la Provincia el 23/11/2018 (fs. 360). III) RECHAZAR la revocatoria interpuesta por la demandante (fs. 510/513) contra el punto III de la providencia del 27/12/2018 (fs. 484). IV) HACER lugar a las revocatorias interpuestas por la Provincia (fs. 419/421) y por el CODECI (fs. 466/473), con las adhesiones de la Comunidad Ancalao (fs. 502/505) y de Alfredo Ernalz (fs. 522 vta), y en consecuencia REVOCAR por contrario imperio el punto II de la resolución dictada el 14/12/2018 por la Presidencia del Tribunal (fs. 384/386). V) LEVANTAR LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR dispuesta el 04/07/2017 (fs. 24/26), a la cual remite la resolución posterior del 28/11/2017 (fs. 59/60), respecto de la Comunidad Ancalao y, en particular, de sus integrantes indicados en autos: Miguel Hugo Toledo, José David Toledo, Cristian Miguel Toledo, Elio Iván Toledo, Yanet Maribel Toledo, Nélica Liempe, Hernán Liempe, Raúl Liempe, Arturo Soto, Aldino Jaramillo, Mario Cayunao, Celia Caifil y Alfredo Ernalz. VI) IMPONER en el orden causado las costas de todo lo resuelto. VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto.

A la misma cuestión el Dr. CUELLAR dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero a la propuesta del Colega preopinante.

Tan sólo adito por mi parte algunas pocas consideraciones complementarias.

Liminarmente, para lo que pudiere acontecer ex nunc entre las Comunidades ANCALAO y KOM KIÑE MU con motivo y en ocasión de posibles nuevas incidencias notoriamente ajenas al objeto del juicio principal, rescato muy especialmente la prevención implícita del Dr. RIAT en el sentido de que el juicio (y por carácter transitivo cualquier incidente) no tiene por objeto dirimir conflictos entre distintas comunidades originarias porque rigen a dicho respecto los principios de libre determinación, autonomía y autogobierno, de sus asuntos internos y locales que proclama y promueve la propia ONU lo cual, inclusive, hubo sido refrendado aquí por la propia pericia antropológica con fundamentos prima facie atendibles (fs. 315 cit.).

Deberá en consecuencia tenerse muy presente dicha circunstancia en orden a evitar la judicialización total de cuestiones y/o circunstancias intracomunitarias que, por vía principista, resultan del todo ajenas a la compleja pretensión motivante del proceso madre.

En segundo término en cuanto a la materia convocante del Acuerdo, con arreglo al cúmulo circunstancial precedentemente meritado y debidamente conceptualizado en función de la prueba sumaria rendida y con arreglo al derecho aplicable, sin duda procede disponer el levantamiento liso y llano de la prohibición innovativa dispuesta en su momento también por Presidencia del Tribunal (fs. 24/26 mantenida según fs. 384/386).

En tal sentido me resulta evidente cómo las conclusiones pertinentes (es decir para lo que a la manida cuestión de la veranada interesa establecer aquí y ahora) de la pericia antropológica realizada, a diferencia de lo que introyecta con recurrencia el CAI (cf. v.gr. fs. 326/330), refuerzan y/o potencian las conclusiones preliminares oportunamente consignadas cuando se dictó la medida en crisis pues dejan en evidencia, en definitiva y en términos generales, una suerte de yuxtaposición histórica en el uso de la veranada por parte de ambas Comunidades indígenas antes que uno de tipo exclusivo y excluyente de la KOM KIÑE MU (ver en especial fs. 274, 276/277, 285/286, 288/289, 292, 307/312 y 314/316).

Es evidente que la ocupación tradicional de las veranadas por parte del pueblo Mapuche es en mucho anterior a la conformación de la Comunidad Kom Kiñe Mu bajo su forma actual (fs. 276).

Aludo en específico a dicho medio probatorio, por encima de otros incluso periciales (v.gr. fs. 1002/1023, 1136/1181, 1442/1483 del juicio principal), precisamente porque, de un lado, es el aludido con mucha más reiteración por el CAI para pretender homologar una utilización privativa de las veranadas en favor de la Comunidad KOM KIÑE MU y, de otro, por revestir a mi juicio mucha mayor eficacia probatoria cautelar por su misma naturaleza incumbencial circunstanciada y relacionada para lo que aquí y ahora es menester discernir que, por caso, las rendidas en el juicio principal también referidas por aquéllos (ver fs. 496 nota al pie y reiteración fs. 546); aunque no por ello dejo de considerar sin embargo, como circunstancias complementarias, que si en definitiva toda la economía de la inhóspita Patagonia norte, con arreglo a las adversidades ambientales públicas y notorias (nevada extraordinaria de 1984, erupción volcánica de 2011, etc.) y a las endémicas causas de la baja competitividad y magros

resultados de los sistemas productivos (altos costos debido a las groseras distancias, precios que no alcanzan a remunerar los factores productivos, etc.), se reduce a la mera y/o básica subsistencia con cuanta mayor razón todavía se justifica que ambas Comunidades indígenas compartan el uso de las manidas veranadas del caso.

Adquiere así significativa e intrínseca trascendencia la interpretación tanto del CODECI como de la Comunidad ANCALAO y hasta de la misma PROVINCIA en punto a una idea medular en toda esta cuestión como es, en efecto, el uso comunitario de la tierra justamente en el ámbito de la actividad y de la propiedad indígena con especial referencia a dichas veranadas (ver en particular fs. 419 vta./420, 471 y 503 y vta.).

Y en tercer lugar no puede ni debe soslayarse que mientras se ha venido discutiendo un eventual mejor derecho indígena sobre el uso de tales tierras, dadas sus propias características (ver fs. 305, 314), verosíblemente pueden haberse perjudicado y hasta muerto varios animales tal como hubieron denunciado tanto la PROVINCIA (fs. 419 vta.) como el CODECI (fs. 472, 489 y 560) y la Comunidad ANCALAO (fs. 502 vta. y 514) lo cual, en última instancia, debe procurar evitarse a toda costa precisamente habida cuenta esa economía subsistencial de las Comunidades y la característica marginal en términos productivos de toda la zona.

Desde este punto de vista la posición de la Comunidad KOM KIÑE MU incursiona sin duda ninguna en un ejercicio abusivo del mejor derecho invocado, lo cual como se sabe desde siempre ha venido siendo fulminado legalmente.

En fin: la probable y verosímil participación -al menos parcial o yuxtapuesta- de la Comunidad ANCALAO en la ocupación tradicional de las mismas tierras pretendidas por las Comunidades KOM KIÑE MU y NEWEN TWAIN KOM, que precisamente motorizó en su momento la decisión presidencial de suspender la medida de no innovar respecto del ganado y del respectivo uso de pasos y veranadas por parte de aquella y de sus integrantes (fs. 138 punto III y considerando respectivo), hubo quedado sumariamente refrendada, a los fines estrictamente cautelares e incidenciales que aquí y ahora cabe definir, con tan sólo considerar la misma pericia antropológica a la cual el CAI aludiera de manera reiterada como dirimente en sentido contrario para favorecer su ocupación invocada como exclusiva y excluyente, y por lo mismo justifica de sobra levantar la medida cautelar en cuestión.

Lo hasta aquí meritado es pues más que suficiente para discernir la suerte de todas las cuestiones motivantes del Acuerdo 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 como varios que muestra este incidente, resultando 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 lo que estimaren conducente o decisivo 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.).

Así lo voto.

A igual cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

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

RESUELVE: I) DECLARAR extemporáneos los pedidos de explicaciones formulados por la Comunidad Ancalao (fs. 361/365 y 373/76) y por el CODECI (fs. 366/367) respecto del peritaje antropológico realizado en autos (fs. 265/321). II) RECHAZAR el desglose pedido por la demandante (fs. 378/380) respecto de la presentación efectuada por la Provincia el 23/11/2018 (fs. 360). III) RECHAZAR la revocatoria interpuesta por la demandante (fs. 510/513) contra el punto III de la providencia del 27/12/2018 (fs. 484). IV) HACER LUGAR a las revocatorias interpuestas por la Provincia (fs. 419/421) y por el CODECI (fs. 466/473), con las adhesiones de la Comunidad Ancalao (fs. 502/505) y de Alfredo Ernalz (fs. 522 vta), y en consecuencia REVOCAR por contrario imperio el punto II de la resolución dictada el 14/12/2018 por la Presidencia del Tribunal (fs. 384/386). V) LEVANTAR LA PROHIBICIÓN DE INNOVAR dispuesta el 04/07/2017 (fs. 24/26), a la cual remite la resolución posterior del 28/11/2017 (fs. 59/60), respecto de la Comunidad Ancalao y, en particular, de sus integrantes indicados en autos: Miguel Hugo Toledo, José David Toledo, Cristian Miguel Toledo, Elio Iván Toledo, Yanet Maribel Toledo, Nélica Liempe, Hernán Liempe, Raúl Liempe, Arturo Soto, Aldino Jaramillo, Mario Cayunao, Celia Caifil y Alfredo Ernalz. VI) IMPONER en el orden causado las costas de todo lo resuelto. VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto.

EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Por ante mí:

ALFREDO J. ROMANELLI ESPIL  
Secretario de Cámara