

En Viedma, a los 21 días del mes de octubre del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento en esta ciudad, asistidos por la Secretaria del Tribunal para resolver en los autos caratulados: "MORTADA JORGE AMADO C/ HUENTELAF VALERIO Y OTRO S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo)" Expte. N° 7698/2013 del Registro de este Tribunal, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se decide plantear y votar en el orden del sorteo practicado, la siguiente cuestión:

¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 717 y por la actora a fs. 718?

La Dra. Filipuzzi de Vázquez, dijo:

1) Que llegan estas actuaciones a la Alzada con motivo de las apelaciones interpuestas por las partes demandada y actora contra la sentencia de Ia. Instancia glosada a fs. 711/714, que resolviera: Hacer lugar a la falta de legitimación activa opuesta por los demandados y en consecuencia rechazar el interdicto de recobrar intentado por el Sr. Jorge Amado Mortada contra los Sres. Valerio Huentelaf y Américo Paso, imponiendo las costas por su orden, los que fueran concedidos en relación y libremente, ambos con efecto suspensivo, respectivamente (fs. 719).

Que para así decidir la Sra. Jueza de Ia. Instancia, luego de reseñar las características especiales que contiene la presente acción y la normativa que considera aplicable al caso en atención a que la familia de los demandados pertenece a una comunidad indígena, teniendo en cuenta los antecedentes obrantes en esta litis y luego de valorar la prueba producida, estimó que la posesión en la que sustentara la petición el actor no resulta suficiente en el marco de la nueva concepción que la Constitución otorga por encima de las previsiones del Código Civil para enervar aquella existente con anterioridad, pues si bien entendió que han existido actos posesorios por parte del Sr. Mortada que sustentan su voluntad para la recuperación del inmueble objeto de la cuestión en debate, remarcó que el reconocimiento que el Estado Nacional hace a través de su norma fundamental impone e implica la preservación de toda ocupación indígena la que resulta aún anterior a la del Estado mismo, concluyendo en la falta de legitimación activa del actor y, en consecuencia, en el rechazo del interdicto de recobrar intentado, imponiendo las costas por su orden por cuanto el accionante pudo haberse creído con derecho a entablar la presente acción.

2) Que el recurso articulado por la demandada, que pusiera en crisis la imposición de

costas (fs. 717), fue concedido en relación y con efecto suspensivo (fs. 719, 2do. párrafo), y se funda en lo sustancial en que la acción entablada por el Sr. Mortada no cumple los presupuestos indicados en el art. 614 del C.Pr., es decir, ni la posesión o tenencia actual del inmueble que pretende recobrar, ni la acreditación del despojo con violencia o clandestinidad, por lo que alega que si bien como menciona la sentencia de Ira. Instancia el actor pudo creerse con derecho a demandar como lo hizo, el resultado lo posicionó como vencido debiendo aplicarse el principio general de la derrota e imponérsele las costas de conformidad a lo dispuesto por el art. 68 C.Pr. (ver memorial glosado a fs. 720/722).

Que corrido el pertinente traslado a la actora, ésta lo contesta a fs. 724/733, por medio de apoderados, expresando que atento la apelación en trámite contra la totalidad de la sentencia por esa parte articulada, las argumentaciones sobre la imposición de costas resultan supeditadas a lo que se resuelva en el Tribunal "ad quem" y califica de mera discrepancia el actuar recursivo de la demandada. Justifica la posesión de la actora y su acreditación en autos. Menciona la reiterada impugnación de su parte a los informes del CO.DE.C.I.; respecto a la existencia de despojo por violencia o clandestinidad, resalta consideraciones efectuadas por el STJRN en la causa penal al tratar recursivamente el sobreseimiento de los imputados ahora demandados, quita del debate la posesión ancestral de las tierras por referir a quien tiene el mejor derecho y lo centra en la protección del mero poder de hecho consolidado, y en definitiva tacha de arbitraria la valoración de las pruebas efectuada por el a quo y peticiona el rechazo de recurso de apelación, con costas.

3) Por su parte, y radicados los obrados en esta instancia (fs. 735), la actora apelante expresa agravios a fs. 738/780, los que son respondidos por la parte demandada a fs. 782/788. Seguidamente, dictado el proveído de autos e integrado el Tribunal, ambas resoluciones quedan firmes y la causa se encuentra en estado de resolver. La sentencia apelada engloba una adecuada relación de la causa que satisface las exigencias legales, por lo que a ella corresponde remitirse (art. 163 C.Pr.).

Que en sustento de la vía recursiva intentada, la actora, por medio de apoderados designados al efecto, plantea puntuales reparos a la sentencia dictada en la anterior instancia, a saber, en lo sustancial, apartamiento de criterios rectores del STJRN esgrimidos en la causa penal que involucra a las partes respecto de la misma plataforma fáctica que ha sido objeto del presente interdicto; inaplicabilidad de la ley 26.160 pues no sólo su parte ha comprobado un poder de hecho consolidado sobre la cosa, sino que los

demandados no han acreditado la posesión actual, tradicional, pública de manera fehaciente como lo exige el art. 1 de dicha norma; errónea valoración de la prueba producida y aplicación del derecho, ausencia de adecuada fundamentación jurídica por existir afirmaciones dogmáticas y aparentes, desvíos en la construcción lógico-crítica del fallo y profundas contradicciones de los considerandos de la sentencia lo que conlleva a la arbitrariedad e invalidez del acto jurisdiccional, procediendo a realizar un amplio desarrollo de cada uno de los agravios mencionados. Hace reserva del caso federal.

Que corrido el traslado de ley de los agravios en los términos reseñados (fs. 781), procede a contestarlos la parte demandada a mérito del escrito obrante a fs. 782/788, entendiendo inicialmente que no resisten la carga impuesta por el art. 265 del C.Pr., para luego pasar a rebatirlos en forma particular según desarrollo que allí realiza, y en general contrarrestando la interpretación que produce la actora sobre el apartamiento de criterios rectores del STJRN en la causa penal, manifestando que el pleito se centró en la discusión de la posesión actual del recurrente, que les resulta aplicable el alcance y los efectos de la ley 26.160 referida al traspaso de la tierra ancestral (habiéndose abstenido la Magistrada de su aplicación a pesar de que fuera oportunamente solicitado por su parte), y que no se encuentra acreditada la posesión del actor sobre el inmueble objeto del pleito y sí la real y efectiva posesión de esa parte y demás integrantes de la Lof. Concluye solicitando la confirmación de la sentencia apelada, como así también la aplicación de medidas correctivas previstas por el art. 45 del C.Pr. por entender que la contraria ha asumido en el proceso una conducta maliciosa y temeraria, con expresa imposición de costas.

4) Que detalladas en lo sustancial las constancias de la causa, encontrándose los autos en estado de resolver, toda vez que ambas partes han apelado en tiempo oportuno para ello (conf. constancia de fs. 735), y superando las apelaciones el preliminar examen de admisibilidad formal que habilita la apertura de esta instancia revisora (art. 265 CPCC) -pues como ya ha dicho reiteradamente este Tribunal, debe realizarse el análisis del cumplimiento de los recaudos y requisitos legales establecidos en la norma citada con tolerancia, amplitud y flexibilidad, a partir de una interpretación amplia que los dé por satisfechos, ello en orden al respeto del principio constitucional de la defensa en juicio de los derechos y con la finalidad de brindar acabada satisfacción al recurrente, permitiendo la apreciación de las razones alegadas para la modificación de la sentencia (cfr.CNAp.Civ. sala G, 3/08/81, LL, 1983-B, 768; 10/02/87, LL 1987, LL 1987-B, 288,

entre muchos)-, corresponde ingresar al análisis de la propuesta temática recursiva, debiendo comenzarse, por una cuestión metodológica, con el tratamiento de lo vinculado a la discutida aplicación de la ley 26.160 planteada en el recurso principal articulado por la actora, para luego, de corresponder, merituar lo concerniente a los restantes agravios esgrimidos, ya que el recurso referido a la imposición de costas incoado por la demandada quedará, en definitiva, supeditado a lo que se resuelva en primer término.

5) Que despejada la cuestión del estudio preliminar de admisibilidad formal de los recursos planteados, es dable recordar, preliminarmente, que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada uno de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, ni a valorar la totalidad de la prueba aportada, sino considerar tan solo aquéllas invocaciones y probanzas que sean conducentes y relevantes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN Fallos 258:308; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre muchos otros). De modo tal que en cada caso que llega a un estrado judicial, el magistrado interviniente debe realizar una verdadera reconstrucción histórica con el objeto de determinar si los hechos propuestos por las partes son ciertos o no, y para ello, ha de examinar detenidamente las postulaciones y argumentos expuestos por los involucrados así como los medios probatorios rendidos, apreciarlos con criterio lógico jurídico y finalmente, asignarles su valor de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, constituyendo tales circunstancias un límite especial a la fundamentación de sus argumentaciones.

6) Que entonces, si bien nos encontramos dentro del marco de las acciones posesorias reconocidas a los poseedores para ejercer su derecho de defender dicho estado, con independencia que el mismo repose o no en un derecho, en tanto para intentarlas no se requiere título pues precisamente el litigio posesorio no se decide sobre la base de alguno, por el contrario, la ley manda a prescindir de ello, y siendo que el interdicto sólo tiene por finalidad evitar que se haga justicia por mano propia e imponer entonces que la restitución en la cosa se requiera judicialmente, y que a los efectos de las acciones posesorias no interesa la legitimidad de la posesión, en tanto a estar a lo dispuesto en el art. 2472 del C.C. "...será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado", como tampoco es necesaria la buena fe conforme la directiva del art. 2473 del citado Código (ver Bueres, A. - Highton E., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", T° 5A,

págs.. 346, 380/381, Ed. Hammurabi; Arazi-Rojas en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. III, págs. 135/136, Ed. Rubinzal-Culzoni), lo cierto es que - como bien lo señala la juzgadora de origen- el hecho de la posesión actual o la tenencia de la cosa (art. 614 del C.Pr.) ha tenido un cambio de paradigma, en particular, en relación a la interpretación de su alcance cuando se está refiriendo a situaciones que involucran a pueblos originarios.

Y en tal sentido cabe necesariamente recordar que la ley 26.160 (prorrogada por la Ley Nacional 26.554 hasta el 23/11/2013 y por la Ley Nacional 26.894 hasta el 23/11/2017), a la que adhirió la Provincia de Río Negro mediante Ley D 4275 (consolidada por la Ley K 4312), es la que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, la cual anida una naturaleza de carácter tuitivo y, en consecuencia, se encuentra destinada a favorecer los intereses de los sujetos que involucra, por lo cual, debe interpretarse de manera favorable tratando de incorporar dentro de sus alcances a aquellas personas o comunidades que reúnan las condiciones en ella contempladas.

Que dicha normativa encuentra sus fundamentos en disposiciones de raigambre constitucional (art. 75 incs. 17 y 22 de la Constitución Nacional; art. 42 de la Constitución Provincial) y también del derecho supranacional (Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado por Ley 24.071, art. 14.1 y 14.2); "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). A ello se agrega como parte del plexo normativo a tener en cuenta las disposiciones de la Ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes a la que adhirió la Provincia de Río Negro a través de la Ley 2553; la preexistente Ley Provincial D 2.287 (ley integral del indígena, en especial, arts. 1, 2, 11); y Anexo I de la Ley K 2430 (ex ley 3830, "Carta de los Derechos de los ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia", art. 32).

Que en mérito a la normativa señalada, no puede soslayarse que de las constancias de autos, se desprende que el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (CO.DE.C.I.), como órgano provincial ejecutor de la Ley 26.160, informa, en lo principal y en lo que aquí interesa, que toda la situación territorial actual de las comunidades indígenas, Lof-che y/o poblador indígena dispersos que se auto identifiquen como integrantes del pueblo Mapuche y/o Tehuelche, viene enmarcando

tales situaciones existentes en el Programa de Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral para cumplir con los objetivos de dicha ley, y en particular, la Lof Paso-Huentelaf se encuentra comprendida en la situación descripta, es decir, queda encuadrada en la competencia administrativa de ese Consejo en el marco referido, y dado que la cultura de los pueblos indígenas hasta la fecha se sustenta en la oralidad, las formas y modos en que se evidencia la transmisión de las tierras se ha efectuado de generación a generación en forma oral, y nunca se ha recurrido a actuaciones formales escritas como lo hacen otras culturas a través de procesos sucesorios, basándose fundamentalmente en la memoria histórica de los involucrados sin perjuicio de actuaciones formales que eventualmente pudieran existir. También expresa que en la interacción de la cultura indígena, las fracciones de tierras son concebidas como parte integrante del territorio, el que a su vez es considerado como el todo de la comunidad y, así, desde los originarios poseedores, como en el caso de autos, compartían las tierras con sus descendientes, asegurando la continuidad de su origen filio-cultural, y en virtud de dichos vínculos familiares y de identidad cultural, las formas y modos de la transmisión de tierras se ha venido realizando a través del acto de asignar fracciones de tierras (llewpewn) y animales a hija (ñahue) o hijos (fotum) de quienes fueran sus ancestros primeros conservando de ese modo la posesión territorial, siendo dicha modalidad amparada por el Convenio N° 169 de OIT que en su art. 17 impone a los Estados que "...deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados", disponiendo en su punto 3 medidas tuitivas a su respecto (ver prueba informativa fs. 311/313), acompañando el convenio específico del Programa de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, Ley Nacional 26.160 y Decreto N° 421, de fecha 16/06/09, celebrado entre el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CO.DE.C.I.) del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Río Negro (fs. 314/326).

Asimismo, a fs. 693/696 se actualiza el informe expresando que la población mapuche-tehuelche desde siempre fue relevada en la posesión de las tierras conforme ley 279 de 1961 como tenedores precarios; que en el año 1983 la población indígena retoma un proceso de reclamo de reconocimiento de derechos, en particular de la posesión de las tierras, que concluyó con el dictado de la ley provincial 2287; que con la reforma constitucional del año 1994 que reconociera la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos como también la posesión y propiedad comunitaria de las

tierras que tradicionalmente ocupan se viene consolidando en la Provincia de Río Negro un proceso de reorganización social y de reclamo en tal sentido; que en el año 2009 se implementa el Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (en el marco del Convenio específico, suscripto entre CO.DE.C.I. y el INAI ya referenciado, aprobado por el Poder Ejecutivo Provincial por Decreto N° 421 de fecha 16/06/09); que por Resolución N° 423/10 el INAI aprobó realizar el relevamiento a 126 comunidades y/o lof en la Provincia de Río Negro, entre las que figura la Lof Paso-Huentelaf, conformada por las familias Paso y Huentelaf, quienes se auto identifican como indígenas mapuches, situación que el organismo informante viene reconociendo conforme al criterio legal del art. 1 del Convenio N° 169 en concordancia con el art. 2 y 3 de la Ley 2.287 en cuanto a la autoidentificación según las formas y modos propias de cada pueblo indígena, quienes han solicitado se proceda a determinar y reconocer los derechos de los integrantes de la referida Lof respecto del territorio ancestral ubicado en el Lote 90 Sección I y Lote 91 Sección II en el Paraje Chasicó, oportunidad en que se diera apertura a las actuaciones administrativas que giran por Expte. N° 033924-G-2007 caratulado "Lof Paso-Huentelaf s/Reconocimiento", actuaciones que fueran derivadas a la aplicación del Programa de Relevamiento de la Ley nacional 26.160 tareas que fueran concluidas y elevadas al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en fecha 30/09/11, para el dictado de la resolución final por parte del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación; que en el marco del citado programa a la Lof Paso-Huentelaf se le aplicó el cuestionario socio-comunitario, siendo entrevistados Américo Paso, Valerio Huentelaf, Ricardo Huentelaf y Alejandro Huentelaf, habiéndose realizado un relevamiento territorial, cartografías del territorio conforme memoria histórica y cartografía catastral, e informe histórico antropológico que concluyera en que el espacio territorial que actualmente ocupa la Lof Paso-Huentelaf corresponde a una ocupación ancestral de tipo tradicional, actual y pública, realizándose finalmente dictamen legal comprensivo del estudio y análisis de los antecedentes documentales obrantes en el Registro de la Dirección de Tierras provincial que remata en la acreditación de la posesión tradicional actual y pública de la referida Lof en una extensión de 9.601 has., encontrándose parte de las tierras registradas a nombre de terceras personas, entendiéndose que resulta de aplicación la legislación vigente conforme interpretación de la Corte Interamericana en el marco de lo normado por el art. 75 inc. 22 de la CN (citando fallos ilustrativos); reiterando la forma y modos de transmisión de las tierras, que fueran oportunamente ya informadas.

Que resulta evidente que conforme lo extraído de dicha prueba informativa, emitida por el órgano de aplicación de la ley integral del indígena N° 2.287 (CO.DE.C.I.) -y más allá de las impugnaciones que realizara la parte actora referidas a que lo solicitado a dicho organismo excede los hechos controvertidos en autos, pues el presente caso, como ya fuera dicho, debe ser analizado en atención a la naturaleza de la ocupación territorial desde una cosmovisión indígena ya que involucra situaciones que hacen a derechos de los pueblos originarios-, se ha acreditado el carácter de indígenas mapuche de los accionados que integran la Lof Paso-Huentelaf y, por ende, que resultan ser las personas que la norma legal 26.160 tiende a proteger y favorecer en sus intereses, configurando el marco conceptual de "aquellas preexistentes" sujetas al régimen de la emergencia declarada en materia de posesión y propiedad de las tierras establecido en el artículo 1ro. de la citada ley. Pues aunque dicha Lof no tenga aún inscripta su personería jurídica ello no condiciona ni su pertenencia a la comunidad indígena ni puede dificultar el goce y ejercicio de los derechos que el bloque de constitucionalidad federal como las normas constitucionales locales le otorgan sobre los territorios que ocupan, a lo que agregó, que el alcance de la protección (en base a sus antecedentes y fundamentos normativos) está destinada no sólo a las comunidades indígenas sino necesariamente a las personas individuales, a sus familias y demás grupos convivientes, en tanto resulta claro que la finalidad de la ley es proteger y reconocer constitucionalmente la posesión y la propiedad.

En relación al agravio formulado por el actor en cuanto a que no se ha acreditado por parte de los demandados la posesión actual, tradicional y pública de manera fehaciente como lo exige la norma en estudio en su artículo 2do., si bien se advierte que la juzgadora de origen no se ha expedido al respecto en forma concreta y precisa, cabe señalar que no se vislumbra obstáculo alguno a su respecto, por cuanto ya en la contestación de demanda se había invocado la posesión tradicional indígena de orden constitucional (ver fs. 179 vta. 1er. párrafo, fs. 181 6to. párrafo), en tanto existe un reconocimiento por parte del Estado que toda la ocupación de tal naturaleza es causa legítima y resulta aún anterior al mismo Estado. Ello así, porque ni el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, ni en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en vigencia desde el año 2001), ni en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General en el año 2007, se habla de ocupación actual sino que se refieren a la ocupación tradicional. No interesa que la ocupación tradicional esté siendo practicada actualmente,

puesto que si está efectivizada (cuestión de hecho) se encuentra efectivamente protegida por la prohibición del art. 2 de la Ley 26.160, sino está practicada o está practicada conjuntamente por otro, igualmente deberá ser relevada como ocupación tradicional porque existe el derecho a ocuparlas de hecho y a que les sea restituida jurídicamente (conf. art. 14 párrafo 1° del Convenio 169 OIT). Entonces, la posesión indígena no puede ser analizada ni evaluada por el transcurso del tiempo ni por el ejercicio de actos posesorios como en el derecho civil, por cuanto mientras la propiedad o posesión civil es un derecho individual que puede ejercerse o no de manera conjunta, en cambio, la posesión indígena implica el ámbito físico o espacial en el cual se desarrolla una cultura indígena referida forzosamente al derecho de la identidad de un Pueblo, en la medida que la causa de la posesión es la ocupación misma ancestral y preexiste al propio Estado.

Es que la prohibición de desalojo del art. 2 de la Ley 26.160 protege el hecho de la ocupación tradicional (en términos del Convenio 169 de la OIT en su carácter de norma supralegal), o posesión comunitaria, tradicional indígena (en términos de la ley), porque es una medida protectoria de carácter eminentemente procesal, y en consecuencia, es indistinto si la ocupación comenzó antes o después de la vigencia de la ley.

De lo que trata la norma es que los indígenas no sean desalojados mientras transcurra el plazo que dure la emergencia declarada indispensable para hacer las tareas y disposiciones administrativas necesarias para ubicar definitivamente a las comunidades indígenas en aquellas tierras de las que nunca debieron salir, es decir, de aquel lugar donde tienen una larga tradición, que resulta ser su zona o lugar de arraigo, su tierra, que por tradición, origen y pertenencia les corresponde. Al respecto, se ha dicho que: "En relación a la expresión "actual" observo que se trata de una redundancia, por cuanto nadie puede ser desalojado o expulsado si no se encuentra ocupando la tierra....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"". "...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 hacia 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 conculcarle sus derechos que demuestre que la posesión indígena no es ancestral ni pública (Reunión N° 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)" (STJRN in re "Criado de Marful, Irma E. c/Lemunao, Delia y otros s/ Interdicto de Recobrar, Sumarísimo s/Casación", Expte. N° 24552/10-STJ, del voto del Dr. Soderó Nievas).

Que a más de lo dicho, la continuidad en la posesión actual, tradicional y pública de carácter indígena de los demandados, encuentra apoyo en las declaraciones testimoniales de los Sres. Queupan, Millapi y Urgan que dan cuenta de su conocimiento de la zona y de la ocupación de las tierras por parte de las familias Paso y Huentelaf, los que realizaban actividad ganadera en especial cría de lanares y yeguarizos, siendo contestes en afirmar que la posesión que ejercían con animales propios y ajenos en el inmueble objeto de autos data entre los años 2002 y 2006, habiendo declarado en similar sentido a los dichos de Urgan, los testigos Jimenez y Perez, a lo que se agrega la declaración en sede penal de Quentrequeo quien expresa que vivía en el lugar desde el año 1989, que se había alojado en el campo de Ricardo Huentelaf realizando tareas de recorridas de todo ese campo incluyendo lo que se reconoce como el campo de Valerio Huentelaf, cuidando los animales que estaban siempre allí. Aun a lo dicho la existencia de construcciones en el lugar (ver fotografías de fs. 290/292 del Expte. 994/06) que dan cuenta del paso del tiempo y que los testigos refieren de pertenencia del abuelo y padres de los accionados.

Que el apreciar que los pueblos indígenas deben ser considerados propietarios de las tierras desde la posesión inmemorial de acuerdo a normas constitucionales, no implica que ese reconocimiento retroactivo de la propiedad indígena no afecte intereses de quienes resulten ser titulares formales o aparentes o con emplazamiento registral a su nombre, los que deberán, en su caso, articular procesos resarcitorios en resguardo de sus derechos. Así, se ha dicho: "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 aborigen, sin perjuicio de los derechos indemnizatorios que el titular inscripto pudiere reclamar al Estado. Es que, como afirma 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-Vázquez, Gabriela, Propiedad Indígena, p. 163)" (STJRN, causa citada, del voto del Dr. Sodero Nievas).

Entonces, en este orden de ideas, toda vez que el objetivo principal de la Ley Nacional 26.160 (ahora prorrogada por la ley 26.894) y su Decreto Reglamentario N° 122/2007, resulta ser el relevamiento técnico jurídico-catastral de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas, el que deberá ser realizado por el INAI durante el período de vigencia de la emergencia, al que adhiriera la Provincia de Río Negro (ley D 4275), es decir, la clarificación de la situación de hecho y de derecho en que se encuentran las tierras objeto del debate, y toda vez que en el presente caso el CO.DE.C.I. dio apertura a actuaciones administrativas que giran por Expte. N° 033924-G-2007 caratulado "Lof Paso-Huentelaf s/Reconocimiento", las que fueran derivadas a la aplicación del Programa de Relevamiento de la Ley nacional 26.160 tareas que fueran concluidas y elevadas al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en fecha 30/09/11, para el dictado de la resolución final por parte del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (conf. prueba informativa de fs. 693/696), habiéndose realizado uno de los pasos necesarios que componen el procedimiento adecuado previsto en el art. 14 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT, pues el relevamiento es tan solo una parte de dicho procedimiento -aún incompleto normativamente a nivel nacional-, de reconocimiento y regularización de la ocupación tradicional que requiere otros procesos (investigación de despojos, restitución efectiva de ellos, delimitación

participada, mensura, entre otros) para culminar con la instrumentación de los títulos de propiedad comunitaria (art. 75 inc. 17 CN) de las tierras tradicionalmente ocupadas, es que considero -en el entendimiento que se encuentran reunidas las condiciones exigidas por la norma- que resulta aplicable al presente caso la ley 26.160, correspondiendo la suspensión del 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 (prorrogada por ley 26.894), con el objeto de la acreditación de los extremos objetivos que hagan a la definición de la cuestión indígena en relación al inmueble que motiva la litis, vencida la cual deberán las partes instar el proceso, realizando las presentaciones que estimen pertinentes a tal fin. Porque como ha dicho el Dr. Soderó Nievas en el precedente citado "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)".

Y ello así, puesto que considero que apartarse de las normas en cuyo basamento se sustenta la ley 26.160 sería desconocer el orden jurídico vigente, y cuando una interpretación restringida al respecto iría en contra del principio pro homine según el cual existiendo varias alternativas sobre el alcance del reconocimiento de un derecho (en tiempo, espacio o sujetos) el Estado está obligado a optar por la más amplia, principio receptado en la Ley Integral del Indígena N° 2287 (art. 58), en resguardo del interés del indígena y a los fines de cristalizar un acto de justicia y de reparación histórica para las comunidades de los Pueblos Originarios, pues ese ha sido el interés que, asumo, ha tenido el legislador al dictar la ley en análisis, de naturaleza protectora, sin definir ni consolidar ningún derecho a nadie, y cuya aplicación resulta, aún de oficio, pues reviste la característica de ser una norma de orden público (conf. art. 6, tal lo entendido por el STJRN in re "Criado de Marful, Irma E. c/Lemunao, Delia y otros s/ Interdicto de Recobrar, Sumarísimo s/Casación", Expte. N° 24552/10-STJ, Se. del 6/06/11; "Guerrieri, Roberto Pedro y otros c/Rodríguez, Cristian s/ Ordinario s/Casación, Expte. N° 22285/07-STJ, Se. del 14/08/08, del voto del Dr. Lutz). En consecuencia, en atención a como se decide releva a este Tribunal del análisis y resolución de los demás agravios presentados por el actor recurrente y del recurso

planteado por la parte demandada.

7) Que con relación a la solicitud efectuada por la parte accionada en cuanto a la aplicación de medidas correctivas previstas por el art. 45 del C.Pr. por entender que la contraria ha asumido en el proceso una conducta maliciosa y temeraria, cabe señalar que el concepto de temeridad debe ser interpretado con un criterio restrictivo, en la medida que prevé la inconducta procesal genérica consistente en un proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestados en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial.

Es que al ser una facultad discrecional para el juzgador el evaluar si la conducta desplegada por alguna de las partes durante el transcurso del proceso se ha hecho pasible de la calificación de temeraria y/o maliciosa, al proceder a la declaración en tal sentido se debe actuar con suma prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las defensas o los planteos incoados hayan sido desestimados, carezcan de sustento jurídico, o no obtuvieran la interpretación pretendida.

Y ello así, dado que lo contrario significaría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio que debe ser celosamente preservada, procediendo el órgano judicial con debida cautela en tales cuestiones.

Al respecto se ha dicho que: "...en los casos de inconducta procesal genérica, es menester una visión total del desarrollo del proceso, debiendo primar en el juzgador un criterio restrictivo y, en caso de duda, favorecer la actitud de la defensa. Igualmente para delimitar los alcances de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que pesan sobre las partes, no ha de exigírseles total certidumbre de que sus articulaciones o pretensiones han de ser acogidas, o la observancia de una actitud procesal contraria a sus intereses, pues ello resultaría inconciliable con la garantía de defensa en juicio y la vigencia del principio dispositivo. De modo tal que para aplicar una sanción por temeridad y/o malicia no es suficiente la calidad de vencido, pues exige, además, objetivar y calificar cada una de las conductas desenvueltas. [...] Espíritu crítico y prudencia en la valoración para determinar la cualificación del comportamiento procesal" (conf. Osvaldo Alfredo Gozaini en "Temeridad y Malicia en el Proceso", Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 80; opinión personal del Dr. Lutz; STJRN, Se. 9/05, 22/02/05).

Entonces, bajo esas premisas, entiendo que la conducta de la actora no es susceptible de ser encuadrada dentro de los presupuestos necesarios para la procedencia del instituto en análisis, pues no se ha patentizado la concurrencia de la mala fe necesaria, sino que

sólamente se ejerció la defensa de los propios intereses de dicha parte, si bien se advierte que el adecuado ejercicio del derecho de defensa de un litigante y en el marco de la función de tutela que corresponde al letrado que lo representa, no autoriza a utilizar expresiones que por su vehemencia y energía puedan ofender o denigrar, llegando a la descortesía y tono sarcástico respecto de circunstancias del adversario y/o su letrado, pues el proceso es un medio para dirimir un determinado conflicto utilizando las reglas del derecho, y donde todos los protagonistas del mismo deben comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño de sus respectivas funciones, principios elementales que hacen al buen orden del proceso y que deben primar en su tramitación. En el caso, la adjetividad y apreciaciones que se utilizaran por parte de la actora (que merecieran una advertencia de la Magistrada de origen a fs. 390, párrafo 3ro.), y que fueran reiteradas en el escrito de expresión de agravios, si bien por lo antes dicho no se tornan en temerarias o maliciosas, circunstancia que obsta a la punición pretendida, y más allá de las aclaraciones efectuadas a fs. 387/388, trasuntan una inapropiada y desmedida utilización de declaraciones respecto de la parte demandada y sus letradas que pueden entenderse como agraviantes, y que merecen ser observadas (máxime en atención a su reiteración a pesar de la indicación señalada) mediante la advertencia y exhortación a que en el futuro los letrados intervinientes guarden un correcto estilo forense adecuado a la jerarquía profesional que ejercen, más allá del amplio ejercicio y enérgico derecho de defensa de sus clientes, ello en aras del buen orden que debe primar en todo proceso.

8 ) En conclusión, por las razones expuestas, en atención al carácter de orden público de la ley 26.160, a la que adhirió la Provincia de Río Negro mediante Ley D 4275 (consolidada por la Ley K 4312) -integrando de esta manera el derecho procesal provincial-, resultando aplicable de oficio, normativa 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), también del derecho supranacional (Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado por Ley 24.071, art. 14.1 y 14.2), demás leyes nacionales (Ley 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes a la que adhirió la Provincia de Río Negro a través de la Ley 2553), provinciales (Ley Provincial D 2.287, ley integral del indígena, en especial, arts. 1, 2, 11); y Anexo I de la Ley K 2430 ("Carta de los Derechos de los ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia", art. 32); y que la citada norma, en definitiva, sólo viene a suspender la ejecución de sentencia,

actos procesales o administrativos cuyo objeto sean el desalojo o desocupación de los territorios que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas con la finalidad de esclarece la situación de hecho y de derecho de las mismas, propongo al acuerdo: I) Disponer la suspensión del trámite del presente proceso por entender aplicable al caso lo prescripto en la Ley 26.160 (al que adhiriera la Provincia de Río Negro por Ley D 4275), reservándolas en esta instancia mientras dure la emergencia declarada en materia de posesión y propiedad indígena, con el objeto de la acreditación de los extremos objetivos que hagan a la definición de la cuestión indígena en relación al inmueble que motiva la litis, vencida la cual deberán las partes instar el proceso, realizando las presentaciones que estimen pertinentes a tal fin. II) No imponer costas, de momento, atento la forma en que se resolviese la cuestión (art. 68 2do. párrafo C.Pr.). III) Relevar a este Tribunal, de momento atento a como se decide, del análisis y resolución del recurso planteado por la parte demandada. IV) No hacer lugar a la solicitud efectuada por la parte demandada en cuanto a la aplicación de medidas correctivas previstas por el art. 45 del C.Pr. por inconducta y temeridad procesal efectuada por la parte actora. V) Advertir y exhortar a que en el futuro los letrados intervinientes guarden un correcto estilo forense adecuado a la jerarquía profesional que ejercen, más allá del amplio ejercicio y enérgico derecho de defensa de sus clientes, ello en aras del buen orden que debe primar en todo proceso. MI VOTO.

La Dra. María Luján Ignazi y el Dr. Ariel Gallinger, dijeron:

Adherimos al criterio propuesto por la Sra. Juez que nos precede en orden de votación, sufragando en igual sentido.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: I) Disponer la suspensión del trámite del presente proceso por entender aplicable al caso lo prescripto en la Ley 26.160 (al que adhiriera la Provincia de Río Negro por Ley D 4275), reservándolas en esta instancia mientras dure la emergencia declarada en materia de posesión y propiedad indígena, con el objeto de la acreditación de los extremos objetivos que hagan a la definición de la cuestión indígena en relación al inmueble que motiva la litis, vencida la cual deberán las partes instar el proceso, realizando las presentaciones que estimen pertinentes a tal fin. II) No imponer costas, de momento, atento la forma en que se resolviese la cuestión (art. 68 2do. párrafo C.Pr.). III) Relevar a este Tribunal, de momento atento a como se decide, del análisis y resolución del recurso planteado por la parte demandada. IV) No hacer lugar a la solicitud efectuada por la parte demandada en cuanto a la aplicación de medidas correctivas previstas por el

art. 45 del C.Pr. por inconducta y temeridad procesal efectuada por la parte actora. V) Advertir y exhortar a que en el futuro los letrados intervinientes guarden un correcto estilo forense adecuado a la jerarquía profesional que ejercen, más allá del amplio ejercicio y enérgico derecho de defensa de sus clientes, ello en aras del buen orden que debe primar en todo proceso.

Regístrese, protocolícese y notifíquese.

MARIA LUJAN IGNAZI-PRESIDENTE, SANDRA E. FILIPUZZI DE VAZQUEZ-JUEZ, ARIEL GALLINGER-JUEZ DE CAMARA. ANTE MI: ANA VICTORIA ROWE-SECRETARIA