

Autos: "Ogilvie, John G. y otra con Galvan, Santiago".

Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

Fecha: 07/02/2007

Tipo de resolución: sentencia de fondo

///MA, 7 de febrero de 2007.-

----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Víctor H. Sodero Nievas y Alberto I. Balladini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: "OGILVIE, John G. y Otra c/GALVAN, Santiago y/u Ocupantes s/DESALOJO s/CASACION" (Expte. N° 20195/05-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 701/723 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. 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?----- V O T A C I O N -----
A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo: - - ----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N° 87 de fecha 21 de Septiembre de 2004, obrante a fs. 686/693, -en lo que aquí importa- resolvió: "1) No hacer lugar a los recursos de fs. 650 y 651, con costas por su orden. 2) No hacer lugar al recurso de fs. 647 con costas. ...". - - - ----Esto es, rechazó las apelaciones interpuestas por la Asesora de Menores e Incapaces, Dra. Marta Noemi PEREYRA y la Defensora Oficial, Adriana H. RUIZ MORENO, como representante promiscua y curadora ad litem respectivamente del señor Aquilino GALVAN; y del Dr. Rodolfo C. HUUSMANN, en ///.- ///.-carácter de apoderado de Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI, confirmando en consecuencia la Sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia a fs. 640/645 y vta., que desestimara la excepción de falta de legitimación pasiva e hiciera lugar a la demanda, condenando a los Sres. Santiago, Alejandro y Aquilino GALVAN, a la Sra. Dominga MILLAPI y a cualquier otro subinquilino y/u ocupante, conjuntamente con las personas y/o cosas que de cualquiera de ellos dependieren, a desalojar la vivienda sita en el puesto de veranada del establecimiento Los Molles, paraje Paso de Los Molles, Departamento Pilcaniyeu, Provincia de Río Negro, restituyéndola al Sr. John Gilbert OGILVIE y la Sra. Silvia Elina TORTORELLI en un plazo de diez (10) días bajo apercibimiento de ley.- - - ----Contra lo así decidido, interponen recurso extraordinario de casación a fs. 701/723, los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI, planteo que es contestado por la parte actora a fs. 732/734 y vta. de las presentes actuaciones.- - - -
- - ----Al respecto, los recurrentes aducen en sustento del recurso extraordinario local, que la sentencia en crisis ha incurrido: a) En la violación o errónea aplicación de lo dispuesto por los artículos 34 inc. 4) y 163 inc. 5) del CPCyC., y de los artículos 2351, 2352, 2373, 2377 y 2379 del Código Civil; b) En arbitrariedad, por no resolver cuestiones propuestas, y a su vez resolver una cuestión que no había sido propuesta en la demanda; c) arbitrariedad por omisión de prueba y absurdidad en el mérito de la prueba.-----Previo a ingresar al análisis de los agravios esgrimidos, para una mejor comprensión resulta menester un breve recuento de los términos en que quedo trabada la litis.- - - - - ----Se inician las presentes actuaciones con la demanda de desalojo promovida por el Sr. John OGILVIE y la Sra. ///.- ///2.-Silvia TORTORELLI contra el Sr. Santiago GALVAN subinquilinos y/u ocupantes como así también de los animales que le pertenezcan y que se encuentran en el puesto de la veranada en el establecimiento Los Molles, paraje Paso de los Molles, Departamento de Pilcaniyeu.- - - - - ----Expresan los actores, que en esencia, el Sr. GALVAN se desempeñó como peón general del campo de su propiedad desde el 1 de Marzo hasta el 30 de Septiembre de 1997, fecha en la que renunció intempestivamente, razón por la cual se

le otorgó un plazo para desocupar la vivienda que con motivo de dicha relación laboral venía ocupando y que, vencido el mismo, aún permanece en el establecimiento. Funda su pretensión, en los arts. 1493 ss y concordantes del Código Civil y los artículos pertinentes del Estatuto del Peón Rural (Dec. Ley 28.169/44).- -----Contestaron la demanda las Sras. Dominga y Elisa MILLAPI, Celia HENRIQUEZ, Alicia y Marta GALVAN y los Sres. Miguel y Santiago GALVAN, oponiendo como defensa, las excepciones de incompetencia (en los términos del art. 347 inc. 1^a del CPCyC.), de falta de personería, de defecto legal, y falta de legitimación pasiva, pidiendo el rechazo de la demanda.- - - - - ----Que, además de negar los hechos invocados por los actores como suelen ser de rigor en los respondes, expresaron que no puede demandarse por desalojo a quien detenta la posesión animus domini del inmueble, manifestando al respecto una distinta versión fáctica, por cuanto expresan que sus antecesores ocupan el campo desde fines del siglo XIX, aproximadamente desde 1890, cuando se asentó en el lugar don José MILLAPI, luego de finalizada la Campaña del Desierto, de forma tal que son ya tres generaciones las que viven allí y por ende la demanda no puede prosperar pues no se trata de una acción reivindicatoria sino personal.- - - - - ---- -///.- ///.-Que, a fs. 130/132 y vta. se presentan los actores solicitando la exclusión de algunos co-demandados de la litis y, subsidiariamente el rechazo de las excepciones deducidas. Con respecto a la excepción que aquí importa, esto es la de falta de legitimación pasiva, expresaron que no es posible discutir aquí derechos posesorios.- - - - - ----A fs. 159/160 y vta. la Cámara de Apelaciones en lo Civ. y Com., asignó a la justicia civil la competencia para entender en la presente causa. Ello, entre otras consideraciones, en que "si el contrato de trabajo ha sido rescindido, la justicia ordinaria es competente para entender en el desalojo ...".- - ----A fs. 197/199 y vta. el Juez de la Instancia resolvió: I) Hacer lugar a la defensa de falta de personería opuesta en autos, teniéndola por subsanada con el poder obrante a fs. 128/129. II) Rechazar la excepción de defecto legal. III) Diferir para el momento de dictar la sentencia definitiva el tratamiento de la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta en autos. IV) Hacer lugar al pedido de exclusión de litis, respecto de las Sras. Elisa MILLAPI, Celia HENRIQUEZ, Alicia y Marta GALVAN y al Sr. Miguel GALVAN.- - - - - ----Desestima la excepción de defecto legal, en cuanto considera: "Que en el escrito de demanda se solicita que se condene al Sr. Santiago Galván, sub-inquilinos y/u ocupantes a desocupar la unidad habitada, como así también los animales que le pertenezcan a aquél". "Que, a su vez, en dicha presentación se señala que el Sr. Galván se desempeñaba como peón general en el Establecimiento Los Molles -de propiedad de los mandantes- y que con motivo de su renuncia al trabajo se le notificó que debía desalojar la vivienda que por motivo de la relación laboral venía ocupando". "Que de ello se desprende con claridad que el objeto de esta demanda, es obtener el desalojo de///.- ///3.-la vivienda que habita el Sr. Santiago Galván y sus ocupantes y la de sus animales, con motivo del cese de la relación laboral que habría existido entre las partes."- - - - ----Que lo así decidido por la instancia de origen, fué posteriormente confirmado a fs. 219/224 por la Cámara de Apelaciones.- - - - - ----A fs. 564 y vta. se presenta la Defensora General, en su carácter de curadora provisoria del co-demandado Aquilino GALVAN, manifestando que su pupilo ha nacido en el inmueble cuyo desalojo se pretende hace cincuenta años, y que detenta por sí mismo la posesión a título de dueño, que la misma es continua, pacífica e ininterrumpida. En síntesis, plantea la posesión animus domini y la consiguiente inexistencia de la obligación de restituir, por lo que solicita se rechace la acción de desalojo deducida.- - - - - ----Finalmente, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia a fs. 640/645, resolviendo: I) DESESTIMAR la excepción de falta de legitimación pasiva; II) HACER LUGAR a la demanda, y en consecuencia condenar a los Sres. Santiago, Alejandro y Aquilino GALVAN, a la Sra. Dominga MILLAPI y a cualquier otro subinquilino y/u ocupante, conjuntamente con las personas y/o cosas que de cualquiera de ellos dependieren, a desalojar la vivienda sita en el puesto de veranada del establecimiento Los Molles, paraje Paso de Los Molles, Departamento Pilcaniyeu, Provincia de Río, restituyéndola al Sr. John Gilbert OGILVIE y la Sra. Silvia Elina TORTORELLI en un plazo de diez (10) días bajo apercibimiento de ley.- - - - - ----Ello, por cuanto concluye que los co-demandados no lograron acreditar su alegada condición de dueños de la vivienda cuyo desalojo motivara el juicio sino que, al contrario, hubo quedado patentizado su carácter de meros///.- ///.-tenedores precarios -a partir de la subasta del inmueble- sin derecho, en consecuencia, para resistir la pretensión restitutiva de los actores; ad eventum cualquier

derecho que pudiere haberles asistido en el pasado, soslayando incluso la prohibición legal de intervertir sólo animus el título con que pudieran haber contado, nunca pudo extenderse más allá del remate judicial del inmueble y de la consiguiente tradición (también judicial) operada en favor de terceros adquirentes (antecesores dominiales de los aquí actores).- - - - -Dicho pronunciamiento, como lo expresara al inicio del voto, es confirmado -en lo sustancial- por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería a fs. 689/693 de las presentes actuaciones.- - - - -

- - - - -Se llega así a la instancia casatoria derivada del recurso que articularan los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI, y cuyos fundamentos fueron sintentizados "ut supra".- - - - -Que, ingresando ahora al examen de las cuestiones traídas a debate, y teniendo presente la pretensión inicial de la parte actora que constituye el objeto del proceso más la oposición de los co-demandados en cuanto delimitan ese objeto, adelanto mi opinión favorable a la viabilidad del recurso extraordinario deducido. Doy razones:- - - - -La demanda de desalojo -como bien observara la parte recurrente- se fundó: en cuanto a los hechos, en el cese y/o extinción de la invocada relación laboral (peón general) que vinculaba a Santiago GALVAN con los Sres. OGILVIE - TORTORELLI. Relación laboral esta, que era -según la parte actora- el motivo y/o causa de la ocupación del inmueble por los co-demandados; y en cuanto al derecho, en los arts. 1493 ss y concordantes del Código Civil, y los artículos pertinentes del Estatuto del Peón Rural (Dec. Ley 28.169/44). (ver fs. III.- III4.-18 y vta.).- - - - -A posteriori, la propia parte actora al tiempo de contestar el traslado de las excepciones opuestas (fs.130/132 y vta.), específicamente al responder la excepción de falta de legitimación activa, dijo: "Discutir derechos posesorios en un proceso de desalojo es algo vedado por propia esencia del referido proceso, estando impedida la introducción de dichos planteos defensivos." "Ninguna duda cabe que mi parte pretende el desalojo de la Vivienda. Ese es el objeto exclusivo de la acción deducida. En tal orden de ideas el ámbito de este juicio es manifiestamente extraño a la determinación de los alegados derechos posesorios sobre la fracción de campo donde se halla no solamente la vivienda, sino corrales y otras instalaciones". - - - - -En síntesis, los actores aducen en el responde a la excepción de falta de legitimación, que no es posible discutir en este juicio derechos posesorios.- - - - -

- - - - -La propia Sentencia del Juez de Primera Instancia, señala al inicio de los considerandos, "...que el juicio de desalojo no es el ámbito natural para debatir el derecho de poseer o a poseer el inmueble en litigio. Así debe repararse que la naturaleza especial de este tipo de juicios sólo permite la discusión de derechos personales pero no la de los reales, pues la controversia respecto de estos últimos debe tramitarse en juicio aparte y por la vía procesal conveniente (arg. arts. 497, 574,600, 1493, 2351, 2352,2468, 2506, 2758 Cód. Civil y cdtes, Cód. Procesal)". Cita, en apoyo de tal postura, jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y de otros tribunales de dicha provincia y a destacada doctrina (Augusto M. MORELLO).- - - - -Sin embargo, el Juez de Primera Instancia haciendo caso omiso de los límites máximos y mínimos del binomio III.- III.-pretensión - oposición, y olvidándose de lo dicho en cuanto a que en el juicio de desalojo no puede controvertirse ni tampoco decidirse el derecho de propiedad, o el jus possidendi, o el jus possessionis, ya que todo ello excede el objeto específico del juicio de desalojo, igualmente resuelve el litigio en orden al mejor derecho a poseer de los actores.- - - - -Sentencia de Primera Instancia, que no obstante que los ahora recurrentes se agravieron expresamente de que el juicio de desalojo no es el ámbito natural para debatir el derecho a poseer (Memorial de fs. 665/674), la Cámara confirmó lo decidido por el "a quo".- - - - -De lo expuesto se desprenden sin hesitación dos cuestiones gravitante, que ameritan la viabilidad del recurso de casación en examen.- - - - -La primera de ellas, que la Sentencia de Primera Instancia, como la de Cámara que -en lo sustancial- la confirma, se apartan de los términos en que había quedado trabada la litis. Ello es así por cuanto el juzgador no sólo viene obligado a fallar dentro de los límites máximos y mínimos del binomio pretensión - oposición; no sólo debe fallar todas y solamente las pretensiones deducidas por las partes, sino que además debe resolver tales pretensiones en la misma forma y por la misma causa por la que han sido formuladas e impugnadas" (conf. Morello, Augusto M., "Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio", pág. 56 y sgtes.; conf. STJRN. Se. 49/99, "MUTUAL DEL PERSONAL JUDICIAL DE LA PCIA. DE RIO NEGRO"; Se. N° 58/02, "S., M. A. C/ P., V. y Otros S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACION").- - - - -En el caso, los

actores demandaron el desalojo fundado en el cese de relación laboral, ya que invocan que esta era la causa de la ocupación del inmueble; y en los arts. 1493 ss. y concordantes del Código Civil y en los artículos III.- III5.-pertinentes del Estatuto del Peón Rural. En consecuencia, más allá de una eventual cuestión en los términos de la Ley 1504, los jueces debieron decidir la pretensión deducida en base a los hechos y a la acción según les fuese interpuesta, y no utilizar las defensas opuestas por los co-demandados para modificar y/o transformar la pretensión original deducida por los actores, porque ello no sólo implica la violación del principio de congruencia, sino también del derecho de defensa de los demandados.-----Al respecto, se ha dicho que: "Aún cuando es cierto que el juez "iuria curia novit" no está compelido a aplicar el derecho invocado por las partes, ya que debe suplir el silencio o calificar la acción si fue erróneamente invocado, está impedido, en cambio, de alterarla o modificarla. De allí que, si el actor reclama el desalojo de un inmueble invocando su título de dueño, no puede el juez mandárselo entregar a título de locador o viceversa, ya que la sentencia sólo puede pronunciarse sobre aquellas materias planteadas en los escritos constitutivos del proceso (arts. 34, inc. 4* y 163, inc. 6* del Código Procesal)." (CNACiv., Cap. Fed., Sala E, "ALICATA DE KOZINER, María Cristina c/ PAVON, Ramón Mario s/ INTERDICTO", del 23/06/1997); "Aún cuando es cierto que el juez, "iura curia novit", no está compelido a aplicar el derecho invocado por las partes, sí lo está, en cambio, de no alterar o modificar la acción intentada por éstas. De allí que, si el actor reclama el desalojo de un inmueble alegando su título de dueño, no puede el juez mandárselo entregar a título de locador, o, por el contrario, si se lo pretende como aquél, no se lo puede reintegrar en virtud de otro título." (CNACiv., Cap.Fed., Sala E, "VALINOTTI, Hilario Alcides c/BINIMELIS, Juan Carlos y otro s/DESALOJO", del 2/07/1996); "Las limitaciones que en III.- III.-orden a la aplicación del brocardo "iura novit curia", impone el respeto al principio de congruencia impide que bajo la presunta reformulación jurídica del caso se produzca una modificación de oficio de la base fáctica que conforma la causa de pedir, supliendo la carga que compete al justiciable de relatar los hechos o causa remota que han dado origen a la demanda impetrada." (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, del 28/03/2006, "Renovell, Francisco F. c.Araus Hnos. S.A.C.F.A.I., LLC 2006 (agosto), 803).-----En similar sentido, este Cuerpo tiene dicho que: "Los jueces ...en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis.... Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Const. Nac.), asegurado por el Código procesal al tratar sobre los deberes de los jueces... ." (conf. Morello, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", T. II - C, ps. 75/76; STJRN, Se. N° 44/05, "ASOCIACION MUTUAL DE SERVIDORES PUBLICOS RIO NEGRO (AMSER RIO NEGRO)"; "El fallo atacado por el recurso de casación ha incurrido en la violación del principio de congruencia al apartarse de los términos en que había quedado trabada la litis. En efecto, si la actora reclamó al recurrente - codemandado - los daños y perjuicios sufridos por su carácter de empleador del chofer del ómnibus; el co-demandado contesta la demanda y ejercen sus defensas en base a dicha pretensión, delimitando de tal forma el III.- III6.-objeto del proceso; luego el Juez de Primera Instancia como la Cámara no pueden apartarse de los términos de la relación procesal, resolviendo en base a cuestiones no planteadas en los escritos de demanda y contestación, como lo es la condición de dueño del automotor por parte del ahora recurrente." (STJRN., Se. N° 58/02, "S., M. A.").-----La segunda cuestión gravitante que se observa, es que no obstante el encuadre inicial de la Sentencia de Primera Instancia antes referido, de que los actores al contestar la excepción de falta de legitimación y los ahora recurrentes se agravaron puntualmente de que no es posible en el proceso de desalojo discutir el derecho a poseer, tanto la instancia de origen como luego la Cámara, excediendo claramente el limitado marco cognositivo del juicio de desalojo, se expidieron sobre el invocado mejor derecho a poseer de los Sres. OGILVIE -TORTORELLI.-----La ley protege a la propiedad en sus diversos modos de actuación en la vida jurídica por distintos medios: el dominio, por la acción de reivindicación; la posesión, por las acciones posesorias; la tenencia por los interdictos; y el uso, por

el juicio de desalojo (conf. STJRN., Se. N° 58, “AÑAHUAL, Dora Elena c/MELLADO, Alberto Ceferino s/DESALOJO s/CASACION” (Expte. N° 21213/06-STJ-), del 4 de julio de 2006).- - - - -En autos nos encontramos claramente frente a una acción de desalojo, fundada en una acción personal -no real-, resultando luego improponible en el marco del abreviado juicio de desalojo, debatir y decidir como lo hicieran las sentencias impugnadas, sobre el dominio y/o el preferente derecho posesorio del inmueble en cuestión.- - - - -Así, se ha dicho que: “La acción de desalojo no constituye la vía idónea para dilucidar la cuestión referida al “ius///.- ///.-possidendi” y al “ius possessionis.” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 18/07/2001, “Gargiulo, Juan R. y otro c. Eval, Jorge J. y otro -Ac. 78.132-”, LLBA 2001, 1465; STJRN., Se. N° 58/2006, “AÑAHUAL”); “El proceso de desalojo no resulta la vía procesal idónea para debatir y dilucidar cuestiones relativas al mejor derecho a la posesión, la posesión misma o la disputa acerca de cuál de los contendientes tiene mejor derecho para acceder al dominio en función de sus antecedentes, pues tales son cuestiones propias de las acciones posesorias, petitorias o contractuales.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, del 21/04/2005, “López, Antonio c. Ocupantes inmueble calle Olazábal 4250 PA y otros”, DJ 03/08/2005, 1002; STJRN., Se. N° 58/2006, “AÑAHUAL”); “El juicio de desalojo no es la vía adecuada para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo, tales como son las relativas a la posesión o al mejor derecho a la misma. Así, cuando el litigio se refiere a cuestiones propias de acciones posesorias, petitorias o contractuales, ajenas al ámbito de dicho proceso, aunque la calidad de poseedor del demandado presente visos de seriedad, tales cuestiones deben ventilarse por otros medios procesales creados para ello.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, del 02/06/1998, “Banco de Iguazú (en liq.) c. Rodrigo, Juan”, LA LEY 1998-F, 46 - DJ 1998-3, 1121).- - - - -Lo hasta aquí dicho resulta suficiente para encontrar andamio al recurso de casación interpuesto a fs. 701/723, por el cual la parte demandada peticiona se case la sentencia recurrida (ver fs. 702), en razón de que el pronunciamiento del Juez de la Instancia -confirmado por la Cámara- al ordenar el desalojo de los co-demandados sustentado en una acción no ejercida por los actores, provoca la violación del ///.- ///7.-principio de congruencia, y de que el juicio de desalojo no resulta la vía procesal adecuada para debatir y dilucidar cuestiones relativas al mejor derecho a la posesión, la posesión misma o la disputa acerca de cuál de los contendientes tiene mejor derecho para acceder al dominio en función de sus antecedentes, pues tales son cuestiones propias de las acciones posesorias, petitorias o contractuales.- - - - -Máxime, considerando que las cuestiones discutidas y decididas no sólo han desbordado manifiestamente la vía del juicio elegida por los actores, sino que además en el caso podrían encontrarse involucradas normas de orden público, en cuanto a la protección de la propiedad de las tierras de las poblaciones indígenas se refiere (conf. arts. 11, 12, 13 y cc. de la Ley Provincial N° 2287; art 75, incs. 17* y 22* de la C.N., Convenio OIT N° 169) u otras (Ley 1504), que imponían a los jueces una mayor prudencia y rigor en cuanto al estricto cumplimiento del marco congnotivo del proceso de desalojo, dejando para las vías idóneas el debate de las cuestiones finalmente resueltas.- - - - -Ello, en tanto la sentencia dictada en el juicio de desalojo no debe prejuzgar ni sobre el dominio ni sobre el mejor derecho posesorio que invoquen las partes, a cuya disposición quedan siempre las acciones petitorias y posesorias para procurar el reconocimiento del derecho subjetivo que pretendan. MI VOTO por la AFIRMATIVA.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:- - - - -I) Voy a compartir la solución que se propone en orden al fondo de la cuestión admitiendo el recurso de casación y en consecuencia revocando la sentencia de Cámara, que confirma el pronunciamiento del Juez Civil, Comercial y de Minería ///.- ///.-Nro. 3 de S.C. de Bariloche por los fundamentos del voto que antecede, a los que agrego: El “ad-quo”, ha distinguido las corrientes interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales que se han construido durante los últimos cincuenta años sobre la cuestión, pero a mi juicio ha desinterpretado los alcances del plenario MONTI, con la salvedad de la cita que corresponde a la CNPAZ (y no a la CNEsp.Civ. y Com.).- - - - -Para comenzar, transcribiré la doctrina de dicho plenario: “No es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor, para que se declare improcedente la acción de desalojo”.- - - - -Hago esta introducción porque, por la antigüedad de fallo, surge nítidamente que es anterior al texto del CPCC. que sigue Río Negro (Ley

17.454), y sus reformas, que se refieren específicamente al juicio de desalojo (art. 679 y ss.). También deben computarse las reformas al C.C., por la Ley 17.711 (2505) y al régimen registral (art. 2do. Ley 17.801), con lo que el precedente aún valioso y hasta hoy citado (la Ley 2005- E-222), debe computar armónicamente todos los preceptos y ajustarse a las circunstancias de la causa, a los hechos y a la prueba.- - ----Lo mismo pasa con el régimen sucesorio (art. 3410 y ss. del C.C.), y las implicancias de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y sus nobles antecedentes, tal como lo refleja Elena I. Highton en referencia a los pueblos indígenas (conf. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni. Santa Fe 1994, págs. 277/313).- - - - - ----A poco que se avance en la cuestión, se puede ver nitidamente que son varias las personas involucradas en el///.- ///8.-pleito que no se denunciaron en el escrito de demanda (art. 681 del CPCC.), ya que la remisión genérica que se hace en la demanda (fs. 18), a subinquilinos y ocupantes del Establecimiento Paso de los Molles, de ninguna manera alcanza a cubrir las exigencias que impone esa norma, de precisar a quienes se dirige, porque la acción de desalojo no se limita a un ex-trabajador que resiste la restitución de una vivienda, en cuyo caso el procedimiento debe ser laboral y no civil (art. 10 de la Ley 1504), sino que comprende otras cuestiones derivadas del origen de la posesión y del título posesorio, conforme los antecedentes obrantes en el Expte. Administrativo Nro 121.114-Año 1938 y sus antecedentes del Ministerio de Agricultura de la Nación. Allí se prueba que desde 1933 se había producido la ocupación del inmueble involucrado en éste desalojo por don José María Galván y que se habían efectuado las mejoras requeridas para tal fin, todavía hoy existentes, poblamiento, cercado, marcas y señales y demás actos posesorios.- - - - - ----Además de allí también surge la integración familiar primigenia, y así, luego del fallecimiento de la primera esposa de don José María Galván, la demandada Dominga MILLAPI, aparece como concubina de José María Galván, con quien ya al mes de Setiembre de 1943, -según dichas actuaciones- tenía dos hijos: Elsa, de dos años y Santiago de uno, ambos argentinos. Luego como surge de autos, nacieron otros hijos. Es importante, destacar que en dicho documento se hace constar el origen aborigen de Dominga Millapi. Pero lo que es más interesante aún es señalar que de las 2.500 has. originariamente solicitadas (y finalmente escrituradas) se cercena una parte en razón de que: “Dentro de estas tierras, en la parte Sud-Este se encuentran radicados los pobladores nros. 28, 29 y 30, los cuales ///.- ///.-deberían ser desalojados al concederle las mismas en arrendamiento al Sr. Galván. Ello no sería un inconveniente de existir lugares apropiados y libres para su futura radicación, pero al no haberlos es necesario darle una solución a ese problema”. Y continúa (fs. 25): “Esos pobladores son de origen autóctono y como por expte. 85.915-935, se aconseja la reserva de tierras para aborígenes, nada más justo, que al haberlos incluido entre ellos y así tratados, como factor principal en esas reservas -al individuo- podríamos contemplar como factor accesorio -la tierra que habitan- por consiguiente, las mismas deben engrosar las que por el expte. citado se aconseja reservar para ese destino, y concluye, concediendo en arrendamiento a Don José María Galván la tierra indicada (luego adjudicada en venta). Y decretar la reserva de las tierras ubicadas en la parte S.E. del perímetro deslindado por el Sr. José María Galván, con lo que la superficie se redujo a 2.000 hectáreas. Sintetizando, digamos que finalmente con fecha 22 de Diciembre de 1965, se le otorgó a José María Galván el título de propiedad Nro. 526 (Decreto 2637/65), de la Provincia de Río Negro, conforme a las leyes 182 y 279 de Tierras, por las 2.500 has. poseídas originariamente (en verdad según plano de mensura son 2.499 has, 54 as., 50 m2., con forma de trapecio), y según el correspondiente plano de mensura.- - - - - ----Con estas limitaciones iniciales y pese a la exclusión del juicio de Elisa Millapi, Celia Henriquez, Alicia, Marta y Miguel Galván, la condena de desalojo recae contra los señores Santiago, Alejandro y Aquilino Galván y también contra la Sra. Dominga Millapi, que como vimos, era la concubina del Sr. Galván (titular originario), al menos desde 1940 y continuaba poseyendo el mismo inmueble rural y la única casa -habitación del establecimiento, conviviendo además los hijos del ///.- ///9.-primer matrimonio GALVAN-GONZALEZ y los de GALVAN-MILLAPI, al menos es lo surge del expte administrativo citado que tengo a la vista para fallar.- - - - - ----Ninguna de estas circunstancias fueron tenidas en cuenta por el Juzgador, que con un esquema dogmático se aferró sólo a los lineamientos del viejo fallo plenario “MONTI” de la CNPAZ., sin tener en cuenta las

particulares circunstancias de la causa a la que lo aplicaba.- - - - -Me detendré en esta cuestión de derecho: ALSINA, Tomo III, pág. 401, había señalado que la sentencia dictada en procedimiento de desahucio en manera alguna prejuzga en materia de dominio y posesión, pero como se remarcó en el fallo plenario, la solución debe buscarse desde el derecho adjetivo, y concretamente sobre las reglas del “onus probandi”. Y es aquí donde se desnaturaliza la doctrina del fallo, ya que la carga de probar la precariedad del título del demandado y la consiguiente obligación de restituir, corresponde a la parte actora. Sólo cuando el actor haya probado el hecho constitutivo de su derecho, el demandado debe proveer la prueba (Chiovenda, “Principios del Derecho Procesal Civil”, Tomo II, pág. 253). Traducido al lenguaje del Código es el quebrantamiento de la regla sobre carga probatoria (art. 377, 1ra. parte del C.P.C.). ----Sin este encuadramiento preliminar que se siguió en “Monti”, es difícil resolver las cuestiones de legitimación activa/pasiva, no menos lo es caer en una simplificación: así y para que quede claro, tampoco alcanza con alegar una situación de derecho posesorio para enervar una acción de desalojo, sin incorporar ninguna prueba que haga a su derecho, de admitirlo así se enervarían todos los juicios de desalojo. Por eso Fenochietto Arazi, “Código Procesal Comentado”, Tomo III, pág. 363, precisan que la alegación debe tener suficientes ///.- ///.-visos de seriedad, ser suficientes de acuerdo a las características del proceso que se dirime. En la misma línea se inscribe PALACIO, Lino, “Derecho Procesal Civil. Tratado”, Tomo VII, pág. 97, quien recuerda que en el juicio de desalojo se encuentra vedada toda posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega su calidad de poseedor, siempre que acompañe elementos que aporten “prima-facie” o acrediten la verosimilitud de su alegación. La jurisprudencia confirma estos postulados, tal como lo demuestra el voto del Dr. Posse Saguier (La Ley 1998-F-46), que le da sentido exacto al plenario Monti. La pretensión de desalojo se da contra el locatario, sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, vale decir contra quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad del dominio (art. 2460 y sgtes. del C. Civil, pero no contra quien posee “animus domini” (La Ley 1997-C-467 y ss) entre tantos SAIJ, Sumarios Q0014804, Q0017112, W001682). De allí que la legitimación activa para demandar no puede asegurar de por sí el resultado, desalojo, ni la sola alegación de la posesión u otros derechos servirá de defensa, si no viene acompañada en cada uno de los estadios procesales, de la correspondiente alegación (seria, verosímil) y se sujeta a la correspondiente prueba. Quien promueve un juicio de desalojo debe saber que es un camino acotado y singularmente breve -aunque aquí excedió el plazo razonable-, pero que no es la herramienta más eficaz para asegurar la tutela del Derecho de Propiedad, tal como lo entendimos en su momento a Edgardo Sassi (La Ley 1993-E-529). Quedan siempre a salvo los supuestos de interversión del título (CAUSSE Diego y otros, La Ley 1995-E-406).- - - - - ///.- ///10.-Con los antecedentes de hecho y prueba que ha merituado el Juez ponente, más lo que yo he considerado precedentemente, es evidente que el conflicto a resolver es complejo y que las alegaciones del demandado al contestar la demanda, al menos parcialmente son ciertas, creíbles, verosímiles, para obstar al progreso de la acción de desalojo, por emanar la prueba de instrumentos públicos, en orden a la tenencia, posesión y propiedad de José María Galván padre de todos los involucrados, mereciendo una consideración particular la situación de la Señora Dominga Millapi, aborígen reconocida, concubina de Galván, durante casi 30 años y madre de NUEVE hijos: GALVAN-MILLAPI.- - - - -Al respecto sólo basta recordar el fallo de la SCBSAS del 5/6/90-Lexis Nexis nro. 14/12188, cuando sentenció: “No reviste el carácter de comodataria quien convivió con el actor como su concubina, y por lo tanto, no puede ser sujeto de la acción de desalojo” (arts. 1141, 2255, 2256 y concs. del C.C. y 676 (680) Cód. Proc. Civ.), continuadora de la posesión junto a los hijos hasta la fecha, es decir durante más de sesenta años. “Fácil es colegir que se ve desbordado el estrecho marco del juicio de amparo para decidir esta cuestión, frente a la aplicación de leyes que son de orden público (182 y 279), sin perjuicio de las restantes normas aplicables”. En orden a lo expuesto no puedo dejar de ponderar la obra de la Dra. Beatriz Areán, El Desalojo, Hammurabi, procesos civiles 14, Ed. 2004, págs. 62, 63, 65, 105, 164, 174, 259, 300/5), al que remito por brevedad, en orden a la coincidencia de los argumentos que he utilizado para sentenciar. ASI VOTO.- - - - - A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Ballardini dijo: - - - - -

----l) Como bien observara el colega del primer voto al///.- ///.- formular la reseña del caso en examen, a la cual brevitatis causae me remito, los actores demandaron el desalojo del inmueble en cuestión, fundado en el cese de la relación laboral (peón general) que vinculaba al señor Santiago Galvan con los señores John Gilbert Ogilvie y Silvia Elina Tortoreli, ya que invocan que dicha relación laboral era la causa de la ocupación del inmueble (arts. 1493 ss y concordantes del Código Civil, y artículo pertinente del Estatuto del Peón Rural).- - ----La sentencia de Primera Instancia, confirmada en lo sustancial por el pronunciamiento de Cámara ahora recurrido, hizo lugar a la demanda de desalojo, en orden al mejor derecho a poseer de los actores, condenando a los Sres. Santiago, Alejandro y Aquilino GALVAN, a la Sra. Dominga MILLAPI y a cualquier otro subinquilino y/u ocupante, conjuntamente con las personas y/o cosas que de cualquiera de ellos dependieren, a desalojar la vivienda sita en el puesto de veranada del establecimiento Los Molles, paraje Paso de Los Molles, Departamento Pilcaniyeu, Provincia de Río Negro, restituyéndola al Sr. John Gilbert OGILVIE y la Sra. Silvia Elina TORTORELLI en un plazo de diez (10) días bajo apercibimiento de ley.- - - ----Esto es, no obstante que se había demandado el desalojo fundado en una acción personal (y no en una acción real), las sentencias en crisis igualmente se expidieron a efectos de resolver el desahucio de los demandados, sobre el dominio y/o el preferente derecho posesorio de los actores.- - - - - ----En tal orden de ideas y en cuanto a los puntos tratados por los jueces preopinantes, coincido plenamente con el Juez del primer voto, en cuanto entiende que el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia -confirmado por la Cámara- al ordenar el desalojo de los co-demandados, fundado en una acción no ejercida por los actores, incurrió en la violación del///.- ///11.- principio de congruencia.- - - - - ----Es que, como dice MORELLO, "... no obstante que de acuerdo con el referido aforismo "iura novit curia" los jueces pueden apartarse del derecho invocado por las partes, no lo es menos que en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis... . Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Const. Nac.), asegurado por el Código procesal al tratar sobre los deberes de los jueces... .". (Conf. Morello, Augusto M., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", T. II - C, ps. 75/76).- - - - - ----Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que: "La congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre aquellos dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión. Hay una necesidad de correspondencia entre ambos extremos que funciona como condición de proceso verdadero. Es por ello que: Tampoco les está permitido a los magistrados alterar los términos esenciales en que el debate quedó planteado. Desde tal horizonte el tema asciende por sus implicancias al derecho constitucional procesal y afianza la concreta operancia de las garantías del debido proceso. (conf. Morello, "Prueba, Incongruencia, Defensa en Juicio", págs. 37 y 43)". (STJRN., Se. N° 13/00 "E., H. y Otro C/ INCOPP S. A."); "La congruencia es la necesaria conformidad que debe///.- ///.- existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Más que un principio jurídico se trata de "un postulado de lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento". Por la aplicación de tal postulado, la sentencia debe versar sobre las cuestiones planteadas por los justiciables, recaer sobre el objeto reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada. La incongruencia constituye pues una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia... ." (Cf. Fenochietto - Arazi, "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación", T. I, pág. 138)." (STJRN., Se. N° 28/02, "DIRECCION GENERAL DE RENTAS"); "Está vedado a los jueces dictar sentencia "extra petita", esto es apartándose de los términos de la relación procesal y decidiendo en forma distinta a la pedida por las partes, pronunciándose sobre cosas no planteadas en los términos de demanda y contestación; caso contrario se infringiría el principio de congruencia entendido el mismo como la correspondencia entre la sentencia y el pedimento formulado respecto de las personas, el objeto y la causa." (conf. SCJBA., "Freites, H. O. C/ Provincia de Buenos Aires S/ Daños y Perjuicios", Sentencia del 08-07-97; idem "Puebla de López, Juliao, Feodora y otra C/ Coop. Industria Textil Argentina de Producción y

Consumo Ltda. S/ Cobro sumario”, Sentencia del 03-11-99; STJRN., Se. N° 36/02, “J., A. N. y Otra”).-
-----En el mismo sentido, también se ha dicho que: “No obstante
que de acuerdo con el aforismo iura novit curia, los Jueces pueden apartarse del derecho invocado
por las partes, no lo es menos que en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus
decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis, pues la facultad de aplicar los///.- ///12.-
preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, no los autoriza a cambiar la
acción interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la litis, pues lo contrario
sería conculcar lisa y llanamente la garantía de defensa en juicio, faltando a las reglas del debido
proceso, que tiene raigambre constitucional -art. 18 Constitución Nacional.” (CApCivCom., Morón,
Bs. As., Sala 02, “CARUSO JORGE CESAR c/ FOGLIA HECTOR N. s/ INCIDENTE DE NULIDAD”,
del 16/02/95); “El principio “iura novit curia” debe aplicarse a los preceptos pertinentes en base a los
hechos expuestos por los litigantes, más ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta, pues en
caso contrario se conculcaría lisa y llanamente la garantía de defensa en juicio e igualdad entre las
partes, principios éstos de reconocida raigambre constitucional, asegurados por el Código Procesal
al tratar los deberes de los jueces.” (CNApel. en lo Civ. y Com., Cap. Fed., Sala 06, “FUCITO
BEATRIZ c/ ALEMANI ERNESTO RICARDO s/ DERECHO PROCESAL-JUICIO DE
CONOCIMIENTO”, del 30.06.1988).- - - - -A dicha irregularidad procesal, se agrega además
-como bien advirtieran ambos jueces preopinante-, que el juicio de desalojo no resulta la vía procesal
adecuada para debatir y dilucidar cuestiones relativas al mejor derecho a la posesión, la posesión
misma o la disputa acerca de cuál de los contendientes tiene mejor derecho para acceder al dominio
en función de sus antecedentes, pues tales son cuestiones propias de las acciones posesorias,
petitorias o contractuales.- - - - -Es que como se dijera precedentemente, en autos nos
encontramos frente a una acción de desalojo, fundada en una acción personal -no real-, resultando
en consecuencia improponible en el abreviado marco del juicio de desalojo, debatir y resolver -como
en definitiva lo hicieran las///.- ///.-sentencias recurridas-, el dominio y/o el preferente derecho
posesorio sobre el inmueble en cuestión.- - - - -Así, se ha dicho que: “El juicio de desalojo no
es la vía adecuada para debatir y dilucidar las cuestiones que desbordan su objetivo, como son las
relativas al mejor derecho a la posesión o la posesión misma. Lo mismo ocurre con la disputa acerca
de cuál de los contendientes pueda tener mejor derecho a acceder al dominio en función del
antecedente que cada uno invoca como apoyatura del supuesto derecho de propiedad alegado por
ambas y que ninguno ostenta. Son todas cuestiones propias de acciones posesorias, petitorias o
contractuales ajenas al ámbito del desalojo.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C,
14/08/1997, “Cosoví, Jorge C. c. Gudzden, Miguel y otro.”, LA LEY 1998-B, 15 - DJ 1998-1, 1003;
STJRN., Se. N° 58/2006, “AÑAHUAL”); “El juicio de desalojo no configura la vía idónea para debatir y
dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo, como las relativas al mejor derecho a la posesión,
la posesión misma o bien la disputa acerca de cuál de los contendientes pueda tener mejor derecho
para acceder al dominio en función de los antecedentes que cada uno invoca, pues tales son
cuestiones propias de las acciones posesorias, petitorias o contractuales.” (Cámara Nacional de
Apelaciones en lo Civil, Sala C, del 23/12/1996, “Nayar, Rolando C. y otro c. Ocupantes Yufre
255/57.”, LA LEY 1997-C, 467 - DJ 1997-2, 827).- - - - -II) Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, y
no obstante que el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones obrante a fs. 159/160 y vta. que
oportunamente hiciera lugar al recurso de apelación deducido por la actora y asignara a la justicia
civil la competencia del presente juicio de desalojo se encuentra firme y consentida por las partes,
advierto que el presente juicio de desalojo, es de competencia -por razón///.- ///13.-de la materia-, del
fuero laboral, y que en consecuencia debió tramitarse ante la Cámara del Trabajo de la Tercera
Circunscripción Judicial.- - - - -Ello es así, por cuanto la Ley 1504 de
Procedimiento Laboral establece claramente en su art. 10, inc. IV) que: “En los desalojos por
restitución de inmuebles o parte de ellos acordados como beneficio o retribución complementaria de
la remuneración entenderá el Tribunal de la Circunscripción en que se hallare el inmueble”.- - - - -
-----En tal orden de ideas, y considerando que la competencia en razón de la materia,
es de orden público y por ende indisponible para las partes, entiendo que en autos no sólo debería
declararse la nulidad de las sentencias por las razones antes desarrolladas, sino también por la
incompetencia de los jueces que las dictaron.- - - - -Es que a fin de la

determinación de la competencia debe estarse de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en su demanda, y sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (conf. CSJN., del 6.12.1998, "Manliba S.A. c/ C.E.A.M.S.E. s/ const. tribunal arbitral"), y en autos los actores demandaron el desalojo del inmueble en cuestión, fundado en el cese de la relación laboral (peón general) del señor Santiago Galvan, por cuanto aducen que dicha relación laboral era la causa de la ocupación del inmueble (arts. 1493 ss y concordantes del Código Civil, y artículo pertinentes del Estatuto del Peón Rural).- - ----Al respecto, se ha dicho que: "La competencia "ratione materiae" es de orden público, principio este que no se altera o se deja sin efecto por la voluntad de los particulares, siendo los jueces a quienes cabe velar por su estricto cumplimiento, aún de oficio cuando la parte no lo hace en///.- ///.-tiempo, forma e instancia oportuna" (CACyC, La Plata, Bs.As., Cámara 2, Sala 1, "Aglío, Luis Horacio c/ Zozaya, Brenda s/ Daños y perjuicios, del 26.11.1996); "La competencia en razón de la materia es la potestad de un determinado órgano judicial de entender en cuestiones, derivada de reglas jurídicas preestablecidas; y, entonces, la competencia se presenta -en general-, como la aptitud legal de ejercer la función judicial en una causa concreta determinada o como un conjunto de atribuciones de las cuales está investido un órgano judicial y que establece los límites dentro de los cuales pueden actuar los jueces que, en la mayoría de los casos está instituida en favor del interés público. Además, esta competencia en razón de la materia es de orden público y, por lo tanto, indisponible para las partes." (STJ de ENTRE RIOS, Sala 04, "BOURNISSENT TIBURCIO RAUL c/ MUNICIPALIDAD DE PIEDRAS BLANCAS s/ MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR S/COMPETENCIA", del 22/5/2003); "La competencia ratione materiae es de orden público, no pudiendo alterarse ese principio o dejarlo sin efecto por la voluntad de los particulares, debiendo los jueces velar por el estricto cumplimiento aún de oficio. ... No sólo las partes están impedidas de prorrogarlas, sino que el propio órgano jurisdiccional debe inhibirse de oficio de entender en la demanda, si de sus propios términos y exposición, resulta que la causa no es de su competencia." (CAM. FEDERAL DE APELACIONES DE SAN MARTIN, BUENOS AIRES, "WIRADO S.A. s/ "RECURSO DE QUEJA POR APELACION DENEGADA EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS N. 458 DELMERCADO CENTRAL DE BUENOS AIRES", del 29/10/87); "La competencia en razón de materia reviste carácter de orden público, por lo que aún el Tribunal de Alzada debe remitir las actuaciones de oficio a la justicia competente, si es la primera oportunidad que tiene para hacerlo"///.- ///14.- (conf. C.N.Civ. Sala B, E.D.87 662)". (CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL, Sala B, "SOSA ANA MARTINA Y OTROS c/ COMISION MUNICIPAL DE LA VIVIENDA s/ Escrituración", del 3/09/1985); "Es irrelevante el pacto relativo a la competencia en razón de la materia celebrado entre las partes, para un marco jurídico distinto y privilegiado, que no es el que efectivamente se ha implementado en la demanda, pues para su determinación debe estarse a los hechos y el derecho invocado en el escrito inicial, dado que el carácter inderogable y del orden público que caracteriza a la competencia "ratione materia" hace que resulte indisponible por voluntad de los particulares" (CNApel.en lo Civil, Sala I, 10.04.1997, "Transporte Metropolitano Belgrano Sur S.A. c/ Pizzería Estrella del Sur S.R.L., La ley 1997-D,784). ES MI VOTO.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - ----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 701/723 por los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI. II) Casar las Sentencias obrantes a fs. 640/645 y vta. y fs. 686/693 dictadas por el Juez de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería respectivamente, revocándolas y en consecuencia, rechazar la demanda del modo en que fue propuesta. III) Imponer las costas a la parte actora en todas las instancias (art. 68 y ss. del CPCyC.). IV) Regular los honorarios profesionales de los doctores Rodolfo César Huusmann y Miguel Blanco Crespo, en conjunto, en el 35% y 35% y los del doctor Felipe Anzoátegui en el 25% y 25%, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria y ante la Cámara de Apelaciones, respectivamente, todos a calcular sobre los emolumentos///.- ///.-que oportunamente se les regulen a los profesionales intervinientes por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). Regular los honorarios profesionales del perito interviniente, Arquitecto Domingo Carrasco, por su intervención ante este Superior Tribunal de Justicia en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$4.000.-), incluyendo la misma todos los gastos realizados a efectos de su producción

por el nombrado. ASI MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - - Por todo lo dicho en la primera cuestión propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 701/723 por los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI. II) Revocar la Sentencia de fs. 686/693 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería que confirmara el pronunciamiento del Juez Civil, Comercial y de Minería N° 3 de S.C. de Bariloche; y en consecuencia, rechazar la demanda del modo en que fue propuesta. III) Imponer las costas a la parte actora en todas las instancias (art. 68 y ss. del CPCyC.). IV) Regular los honorarios profesionales de los doctores Rodolfo César Huusmann y Miguel Blanco Crespo, en conjunto, en el 35% y 35% y los del doctor Felipe Anzoátegui en el 25% y 25%, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria y ante la Cámara de Apelaciones, respectivamente, todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se les regulen a los profesionales intervinientes por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). Regular los honorarios profesionales del perito interviniente, Arquitecto Domingo Carrasco, por su intervención ante este Superior Tribunal de Justicia en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$4.000.-), incluyendo la misma todos los gastos///.- ///15.-realizados a efectos de su producción por el nombrado. MI VOTO.- - - - - A la segunda 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. 701/723 por los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI. II) Declarar la nulidad de las Sentencias obrantes a fs. 686/693 y 640/645 y vta. dictadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería y por el Juez de Primera Instancia respectivamente, debiendo remitirse los autos a la Cámara del Trabajo de la Tercera Circunscripción Judicial para que dé trámite al objeto de la demanda. III) Imponer las costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión y el contenido de la resolución (art. 71 del CPCyC.). IV) Diferir las regulaciones de honorarios hasta tanto se alleguen a autos pautas definitivas. ASI MI VOTO.- - - - - Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

POR MAYORIA

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por los co-demandados Santiago GALVAN y Dominga MILLAPI a fs. 701/723 de las presentes actuaciones.- - - - - Segundo: Revocar la Sentencia obrante a fs. 686/693 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, en cuanto confirma el pronunciamiento de Primera Instancia.- Tercero: Rechazar la demanda del modo en que fue propuesta.- - Cuarto: Imponer las costas a la parte actora en todas las///.- ///.-instancias (art. 68 y ss. del CPCyC.).- - - - - Quinto: Regular los honorarios profesionales de los doctores Rodolfo César Huusmann y Miguel Blanco Crespo, en conjunto, en el 35% y 35% y los del doctor Felipe Anzoátegui en el 25% y 25%, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria y ante la Cámara de Apelaciones, respectivamente, todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se les regulen a los profesionales intervinientes por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.) y del perito interviniente, Arquitecto Domingo Carrasco, por su intervención ante este Superior Tribunal de Justicia en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$4.000.-), incluyendo la misma todos los gastos realizados a efectos de su producción por el nombrado.- - - - - Sexto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. LUIS LUTZ JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - EN DISIDENCIA - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: I

SENTENCIA N° 006

FOLIO N° 23/37

SECRETARIA: I

AMICUS CURIAE

AUTOS “OGILVIE, JOHN GILBERT Y OTRA C/ GALVÁN, SANTIAGO Y OTROS S/ DESALOJO”

Expte: 12540, f° 026, año 2004, (Reg. Cám), (Exp. 20774, f° 267, año 2002, Reg. de 1ª Inst. del Juz.. N° 3)

OBJETO: SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

SR. PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL

DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO

S _____ / _____ D

De nuestra mayor consideración:

JORGE RODRÍGUEZ, Presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), con domicilio legal en San Martín 451, entre piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Pbro. GUSTAVO TARTAGLIA, Vicario Episcopal para la Pastoral Aborigen , designado por el Obispo Fernando Maletti para todo el ámbito de la Diócesis de Bariloche, con domicilio legal en el Obispado de Bariloche, Pasaje Gutiérrez 793; y los Dres DARÍO RODRÍGUEZ DUCH y SOFIA BORDENAVE, abogados integrantes del Equipo Patagónico de Derechos Humanos, en su carácter de personas físicas y letrados especializados en Derechos Humanos y Derecho Indigenista con domicilio legal en Pasaje Gutiérrez 740 de la ciudad de Bariloche, Río Negro; constituyendo domicilio en forma conjunta en la Avenida Artémides Zatti 1030 de la ciudad de Viedma, en los autos de referencia, ante V.E. se presentan y como mejor proceda dicen:

I.- OBJETO: SOLICITAN ADMISIÓN COMO “AMICUS CURIAE”

Las organizaciones suscribientes se presentan en los autos *ut supra* mencionados en carácter de “*Amici Cúriae*”, a los efectos de aportar razones de derecho y de hecho para fundamentar el requerimiento de revocación de las sentencias de primera y segunda instancia recaídas en los mismos y el reconocimiento de los derechos que como integrantes del pueblo originario mapuche corresponde a los demandados Felisa y Dominga Millapi, tanto como a los hijos de ésta última Santiago, Aquilino y Alejandro Galván, rechazando por tanto el planteo de desalojo impetrado por los actores.

Esto, en función de la condición de familias originarias que han llegado al paraje desde, al menos; 1880, ocasión en que la misma mal llamada “Conquista del Desierto” produjo obligadamente el desplazamiento de las poblaciones mapuches desde la región denominada “del Azul” hacia esta zona. Es en este lugar donde vienen los demandados reproduciendo su cultura ancestral, como parte del pueblo originario mapuche, extremo constatado personalmente por el mismo Superior Tribunal en su visita del 8 de noviembre de 2005.

Manifiestan por este medio la gran preocupación que les ocasiona una potencial violación en que podría incurrir el Poder Judicial de una provincia argentina hacia los derechos de integrantes de los Pueblos indígenas, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, en los términos del art. 75 inc. 17 y 22 de la Constitución Nacional y de los art. 14 a 19 de la ley Nacional 24.071 (Convenio 169 de la OIT), problemática sobre la cual los organismos e instituciones abajo firmantes vienen trabajando desde larga data en la defensa de sus derechos específicos y su pleno reconocimiento.

La presente causa reviste importancia institucional e involucra un interés público, en tanto la provincia de Río Negro, y el mismo Estado Nacional Argentino se hallan hoy en instancias de demostrar, con la resolución a adoptar, el nivel de reconocimiento y aceptación que observan respecto de la normativa constitucional e internacional vigente en la materia.

Por todo lo expuesto, quienes suscriben esta presentación avalan el planteo de Casación propuesto por el apoderado de los demandados ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la III Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, tanto como la Queja por Recurso Denegado que debió efectivizarse ante ese Superior Tribunal al resultar rechazado el citado planteo; en tanto dicho recurso pretende restablecer los derechos fundamentales de los integrantes del pueblo mapuche aquí demandados, hasta hoy vulnerados por el sistema judicial rionegrino conforme los hechos y el marco legal que seguidamente describiremos.

II.- PERSONERÍA:

Las organizaciones abajo firmantes se hallan debidamente legitimadas para formular y acompañar el presente escrito, en tanto sus respectivos objetivos institucionales se encuentran directamente relacionados con la suerte del presente procedimiento, puesto que ven en el mismo comprometida la defensa de derechos, el asesoramiento y representación en litigio, tanto como el debido acompañamiento de las comunidades y organizaciones de los pueblos indígenas. Al respecto, podemos referir sus respectivos objetivos institucionales revelados en sus estatutos fundacionales que avalan estos dichos:

- ▪ ▪ **Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)** es el organismo dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación que resultara creado para atender la problemática indígena a lo largo y ancho de todo el país. Reglamentado a instancias de la ley nacional 23.302, cuenta con legitimación activa específica para la siguiente presentación, en tanto dentro de las funciones y responsabilidades de su área jurídica de Tierras se prevé expresamente que serán facultades específicas de esa área la ***“participación en la mediación activa en conflictos entre las comunidades y los demás actores de la sociedad, especialmente en aquellos que obstaculizan el acceso y uso racional de los recursos naturales y las tierras que ocupan las comunidades...”***
- ▪ ▪ ▪ ▪ ▪ ▪ **Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (Endepa)** es una de las áreas Pastorales de la Iglesia Católica que desde hace ya más de 20 años viene realizando la representación judicial y en litigio de muchas de las Comunidades indígenas en todas las Diócesis del país en que se encuentran ubicadas comunidades indígenas, tal y como sucede con la Diócesis de Bariloche que involucra al paraje Paso de los Molles, observando un indiscutible compromiso en la lucha por la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y contando con abogados especializados en la materia en todas las regiones involucradas. Su sede central se halla en la calle Catamarca 434, ciudad de Resistencia, provincia del Chaco. Se encuentra además demostradamente comprometida con la formación de recursos humanos para el acompañamiento de las causas judiciales en defensa de los mismos.
- ▪ ▪ ▪ ▪ ▪ ▪ Los Dres. Darío Rodríguez Duch y Sofía Bordenave, integrantes del Equipo Patagónico de Derechos Humanos, son letrados de reconocida trayectoria en la atención de la problemática de derechos humanos y de derecho indígena en distintas zonas del país, preferentemente dentro de la región norpatagónica en relación con el pueblo

mapuche, habiendo sido convocados en numerosas oportunidades por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, tanto como por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen y distintas organizaciones indígenas para la atención de consultas, asesoramiento en litigio y diseño de estrategias legales en defensa de los derechos indígenas de todo el país y países vecinos. Con experiencia de litigio a nivel internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en asesoramiento y presentación de amicus en otros Tribunales. Autores de artículos e informes, de numerosas ponencias y expositores en diferentes jornadas, seminarios y Congresos respecto de la problemática indígena y de derechos humanos en distintos foros nacionales e internacionales, su opinión es considerada autorizada en la problemática indígena por todas las instituciones que lo han convocado y en particular por quienes avalan el presente escrito.

En virtud de lo expuesto, resulta clara la postura esgrimida por las organizaciones abajo firmantes, en tanto persiguen indudable e incesantemente el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a lo largo y ancho de todo el país, promoviendo la finalización de las injusticias que desde los poderes públicos pudieran seguir observándose para con todos los integrantes de pueblos y comunidades originarias existentes en nuestro territorio nacional.

Por ello, no pueden soslayar en la actual instancia su preocupación porque, hallándose en juego los derechos inalienables de los integrantes del pueblo originario mapuche, pudieran estos verse desconocidos para el caso que se dispusiera el efectivo desalojo de los demandados en el presente procedimiento.

III.- CARÁCTER DE LA FIGURA DEL “AMICUS CURIAE”:

La presente figura del “*Amicus Curiae*”, o “Amigos del Tribunal” consiste en las distintas presentaciones escritas que pueden efectuar terceros que, aunque ajenos a la suerte del pleito, observen un interés en la resolución final que se pudiera adoptar en el mismo. En dichas presentaciones los terceros autorizados pueden reflejar sus opiniones, debidamente fundadas, en torno al objeto del juicio, mediante aportes significativos para el criterio que pudieran observar los jueces.

A través de ésta institución, se permite que personas y grupos de interés respecto de una temática, puedan sostener ante el Tribunal una opinión, manteniendo así un tipo de comunicación transparente y directa, lográndose una posición superadora del nivel de discusión habitual e iluminando, en cuanto resulte procedente al caso, el criterio judicial en materias que por su especificidad resultan de una complejidad particular, pudiendo la suerte del litigio incidir notablemente en causas de interés público que trasciendan los pormenores del caso concreto.

Quienes presentan este escrito asumen de antemano que no invisten la calidad de parte en el proceso, además de que el contenido de su opinión no genera efectos vinculantes para el Tribunal. Su razón principal de ser es asistir al Juzgador, acercándole herramientas jurídicas, antecedentes, jurisprudencia especializada y otros datos que pudieran coadyuvar con la resolución de casos de una cierta complejidad.

Por eso, quien presenta un “*Amicus Curiae*” en un caso judicial concreto, debe ser una persona, jurídica o física, que acredite una importante, pública y destacada trayectoria en la materia de que se trate, aportando elementos de convicción al Tribunal sobre la temática en que dicha persona pueda ser considerada “palabra destacada”.

Desde sus orígenes en la tradición romana clásica, la figura del “*Amicus Curiae*” o “amigos del Tribunal” surgía como medio para que los terceros desinteresados en la suerte de un pleito pudieran hacer oír su postura y citar casos en interés de la justicia como tal. Sin embargo, al ser incorporado gradualmente al derecho anglosajón del *Common Law* durante los últimos siglos, la figura fue mutando y admitiendo un carácter no neutral, razón por la cual hoy el mismo sistema judicial requiere que se identifique debidamente a cual de las partes se apoyará con el contenido del

escrito.

Si bien el uso de este instituto en la modernidad obedece a una tradición anglosajona, no es menos cierto que hoy el *Amicus Curiae* se ha convertido en moneda corriente y práctica habitual en todas las instancias internacionales, siendo costumbre en el derecho internacional que presentaciones de este tipo puedan hacerse ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, tanto como ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Así, un caso paradigmático que ha tomado notoria relevancia en este sistema jurídico ha sido el de la comunidad indígena “Awas Tingni Mayagna (Sumo) v. La República de Nicaragua”; en el cual The International Human Rights Law Group (IHRIG) y The Center for International Environmental Law (CIEL) presentaron un *amicus curiae* breve y solicitaron su incorporación al expediente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999, colaborando así notablemente para el nivel de resolución del citado proceso en cuanto ambas organizaciones, especializadas en Derechos Humanos y Ambientales, pudieron brindar la debida información a la Corte Interamericana respecto de los vínculos entre estas áreas y el impacto que las cuestiones ambientales poseen indiscutiblemente sobre el ejercicio de los Derechos Humanos.

Hoy, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice en su art. 54 inciso 3 que: “*El Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta*”. Si bien en una primera etapa se utilizó esta figura con carácter consultivo, hoy la Corte también ha adoptado este criterio para su función jurisdiccional.

En nuestro país contamos con legislación vigente que contempla esta figura, tanto como la del “asistente oficioso” con la que poseen similares características. La ley de procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, ley 402 en su art. 22 dice: AMICUS CURIAE. “*Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia. El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes*”.

Por eso, resultó esclarecedor el texto de la Acordada 28/04 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, cuando consideró a esta figura como un instrumento útil y provechoso a fin de permitir la participación ciudadana en la administración de justicia. Nuestro más alto Tribunal consideraba así que, cuando se trate de causas que puedan contener una determinada trascendencia institucional o afectar algún interés de carácter público, se pueda autorizar a terceros de competencia reconocida en la problemática involucrada, previa demostración del porqué de su interés en la resolución final del caso, que puedan agregar al pleito elementos de trascendencia.

En consecuencia, podemos concluir en que la figura del *Amicus Curiae* se ha constituido en una importante y esclarecedora herramienta destinada a permitir el acceso de la ciudadanía a la Administración de Justicia, abriendo así el juego a terceros interesados en procesos de incidencia colectiva o en los que se debatan cuestiones que hacen al interés público, que por ser tales, no debieran quedar limitados a la mera intervención de las partes tradicionales en un proceso.

IV.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD:

En función de todo lo expuesto en los acápites precedentes, procederemos a continuación a acreditar las razones y a detallar el cumplimiento de los requisitos que para el instituto de referencia hoy se exige desde el sistema judicial rionegrino.

Si bien la Corte Suprema de Justicia ha regulado en su Acordada 28/04 los requisitos de admisibilidad para este tipo de presentaciones, el mismo Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro ha complementado los mismos a través de su resolución adoptada en sentencia 41/04 de autos "ODARDA, MARIA MAGDALENA (AMICUS CURIAE) s/ Presentación" (Expte. N° 19565/04-STJ-), el que fuera presentado por la legisladora Magdalena Odarda en la Acción de Amparo planteada por el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas (CODECI) en relación con la instalación del proyecto minero "Calcatreu" dentro del territorio de la Reserva Lipetrén.

Dichos criterios de admisibilidad resultarían reafirmados por el STJ en autos "GILIO, JUAN Y OTROS S/ PSA. Promoción de la prostitución" Expte. D-11-02, en ocasión en que admitiera por primera vez ante esos estrados judiciales este tipo de planteo al escrito presentado por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) en instancia de las Casaciones presentadas por el Ministerio Fiscal y la Asesora de Menores, con firma de uno de los suscriptos.

Con ello, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro estableció así las bases y condiciones de admisibilidad que debe observar una presentación de "Amicus Curiae" en el sistema judicial de la provincia, los que serían resumidos por el mismo STJ en los siguientes:

1).- *"Ser personas físicas o jurídicas que no sean parte en el pleito... en los procesos judiciales correspondientes exclusivamente a competencia originaria o por recursos interpuestos ante el mismo Tribunal, en que estén a consideración y resolución cuestiones de trascendencia colectiva o interés general... La presentación podrá ser "de motu proprio" o a requerimiento del Tribunal..."*

Tales condiciones se hallan debidamente cumplidas en nuestro caso, toda vez que las instituciones firmantes no hemos sido parte en el pleito, realizando esta presentación "*motu proprio*" en un recurso interpuesto ante ese mismo Tribunal, que cuenta en esta ocasión con la indelegable responsabilidad de adoptar una resolución de trascendencia colectiva, cual es el respeto por la aplicación de normas fundantes del derecho indigenista que se hallan hoy contempladas y reafirmadas por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

2) *"Presentar el escrito que no exceda de quince carillas con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, antes del llamado de autos para sentencia."* De este modo, el presente escrito consta exactamente de 15 carillas, siendo nuestro principal objetivo dar nuestra opinión fundamentada en derecho respecto de la suerte del presente juicio.

3) *"Constituir domicilio en los términos del art 40 y cc del CPCC"*. Cumplimos con lo requerido en tanto fijamos domicilio a los fines procesales del presente en la Av. Artémides Zatti 1030 de esa ciudad de Viedma.

4) *"Observar las disposiciones de la Constitución Nacional, la de la Provincia, los Tratados y convenciones internacionales a que adhirió y ratificó la República y las leyes de organización judicial y procesales en vigencia"*. En este sentido, no solo observamos sus disposiciones en el contenido de nuestra presentación sino que propugnamos y solicitamos en nuestros fundamentos su mas amplia adhesión por los Tribunales de la República.

5) *"Poseer y acreditar en forma fehaciente reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito, a nivel regional, nacional o internacional con elementos objetivos de idoneidad que daten de cinco o más años"*. Tanto el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen cuentan con una antigüedad

mucho mayor de cinco años, toda vez que la ley de creación del INAI es la 23.302 de 1985 y los estatutos de Endepa provienen de fines de los años 70. A su vez, los Dres. Darío Rodríguez Duch y Sofía Bordenave integran el Equipo Patagónico de Derechos Humanos y vienen trabajando en la problemática de derechos humanos y de derecho indígena desde hace más de 10 años, con nutrida y pública experiencia en la materia, con acompañamiento en terreno y litigio a favor de las comunidades y pueblos indígenas de la República, publicación de trabajos, conferencias, seminarios, jornadas, etc, que incluyen la participación del Dr. Rodríguez Duch en el “Seminario Judicial Patagónico del Derecho de las Comunidades Originarias” con el auspicio oficial del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia entre el 28 y 30 de octubre de 2004 y de la Dra. Bordenave en la Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) en la que fue autora del informe sobre la situación de derechos humanos ambiente y pueblos indígenas a nivel continental; así como en otras numerosas instancias académicas. Tal extremo se halla debidamente acreditado con el Certificado expedido por el INAI agregado al presente.

6) *“Fundamentar su interés para participar en la causa, sin revestir el carácter de parte ni asumir ninguno de los derechos procesales que le corresponden a éstas”*. Conforme los estatutos de las instituciones a nuestro cargo y la descripción de nuestros objetivos en el capítulo correspondiente, resulta a todas luces evidente las razones que hacen a nuestro interés en la defensa y compromiso con el debido cumplimiento de los derechos de los indígenas afectados por la suerte del presente pleito.

7) *“Informar cualquier tipo de relación con las partes en el proceso y en particular si quiere apoyar a alguna de las partes”*. Al respecto, se manifiesta una relación de acompañamiento y asesoramiento con la Comunidad Mapuche de Paso de los Molles, dentro de la cual se encuentran los demandados, por parte del Dr. Darío Rodríguez Duch, a pesar de lo cual detalla no ser parte ni haber formulado ninguna presentación formal en el presente proceso. Respecto de el INAI y Endepa no existe vinculación alguna con los demandados, más allá de formular el presente escrito de *Amicus Curiae* en apoyo de los indígenas comprometidos.

8) *“Limitar la opinión fundada a la defensa de un interés público o una cuestión institucional relevante”*. Delimitamos por ello nuestra opinión a las razones de interés público e institucional que hacen a la defensa del orden constitucional vigente y a los derechos inalienables reconocidos por la legislación provincial rionegrina, la Constitución de la provincia, la Carta Magna y los Tratados Internacionales.

9) *“Asumir la responsabilidad por la autenticidad, veracidad y exactitud de los contenidos de la presentación, identificando quien elaboró la opinión que se pretende agregar”*. Por tanto, asumimos tal responsabilidad, toda vez que nos hallamos a cargo de nuestras respectivas instituciones y organizaciones y resultamos responsables por cada uno de nuestros actos institucionales, dentro de lo cual asumimos la veracidad y exactitud de los conceptos vertidos por el Dr. Darío Rodríguez Duch en su opinión, quien resulta el autor de la misma.

10) *“Omitir la reiteración de los dichos y elementos probatorios de las partes ya agregados al proceso”*. Contando con los antecedentes, resoluciones adoptadas y escritos principales de la causa en nuestro poder, y a los fines de realizar un verdadero aporte a la opinión de los Sres. Jueces para colaborar con los mismos en carácter de verdaderos *“Amicus Curiae”* (Amigos del Tribunal) nos ocupamos especialmente de no reiterar conceptos ya vertidos por las partes durante el proceso, realizando el debido hincapié en introducir conceptos no traídos al Tribunal o en complementar otros simplemente mencionados.

11) *“Carecer de cualquier propósito de lucro en la actividad que le compete en relación al objeto de la causa”*. Para el caso, el INAI es un organismo público que se encuentra desempeñando sus funciones en relación con el contenido de su ley de creación 23.302; Endepa se halla cumpliendo su objetivo como área Pastoral de la Iglesia Católica, tal cual lo hace a lo largo de todo el país y Latinoamérica y el Dr. Rodríguez Duch es contratado por el Equipo Jurídico de Endepa, lo cual descarta cualquier posibilidad de interés económico o de lucro en relación con el

objeto de la presente causa.

12) *“Precisar las normas jurídicas que están en juego, como han sido interpretadas y si existen precedentes en otras instancias judiciales, en especial tribunales supranacionales”*. Tal cual se detallará más adelante, se encuentran en juego la aplicación y vigencia de normas provinciales (ley 2287), nacionales (constitución Nacional art. 75 inc. 17, ley 23.302 y 24.071) e internacionales (Convenio 169 de la OIT y otros Tratados de Jerarquía Constitucional), existiendo numerosos precedentes judiciales, incluyendo a los emitidos por ese mismo Superior Tribunal, los que se detallarán oportunamente a lo largo del presente.

13 a 17) Respecto de los citados puntos, a saber: 13 *“Argumentar jurídicamente, indicando en detalle la cuestión que motiva la presentación ante el S.T.J”*. 14) *“Referenciar las soluciones que se han adoptado al respecto en el derecho comparado”*. 15) *“Exponer los criterios sostenidos por la doctrina en la cuestión que motiva la litis”* y 16) *“Concluir sugiriendo al S.T.J. la solución que se considera corresponde al caso”*; todos ellos surgen debidamente de la lectura detallada del presente escrito, lo que V.E. podrá comprobar al finalizar la misma.

17) *“Aceptar que la presentación no devengará ningún tipo de costas”*. Situación que aceptamos y convalidamos todos los abajo firmantes, considerando con ello hacer uso de nuestro verdadero carácter de “Amigos del Tribunal” y no requiriendo por ello erogación de ninguno de los involucrados en nuestro favor.

18) *“Identificar la fuente de financiamiento con que cuenta quien pretende intervenir”*. En este sentido, el INAI, como Instituto Nacional depende operativamente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación , de quien percibe sus erogaciones y gastos operativos; Endepa, al ser un área Pastoral de la Iglesia Católica , percibe sus fondos de dicha Institución madre, y el Dr. Rodríguez Duch percibe una remuneración fija, no relacionada con la cantidad de causas, de ésta última área y la Dra. Sofía Bordenave percibe también una remuneración por parte del Proyecto de Desarrollo de Comunidades Indígenas del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Respecto de los requisitos 19 y 20, a saber: 19) *“Consentir que la incorporación de la presentación al expediente será del exclusivo arbitrio del S.T.J., quien solamente si lo considerara pertinente, así lo ordenará sin ninguna forma de recurribilidad del presentante”* y 20) *“Declarar expresamente que la aceptación o el rechazo de la presentación de la opinión no tiene ningún efecto vinculante para el S.T.J. y abstenerse de cualquier difusión pública por sí o por terceros que exceda el contenido objetivo y literal del escrito”*, consentimos y declaramos expresamente someternos al exclusivo arbitrio del STJ para la incorporación del presente escrito, sin recurso judicial alguno, así como admitimos la falta de carácter vinculante de esta presentación, tanto como nos comprometemos a abstenernos de una difusión pública que exceda el contenido objetivo y literal del escrito.

V.- HECHOS:

a).- La historia de la posesión tradicional de los Millapi:

José Millapi había nacido en Azul, actual provincia de Buenos Aires, entonces bastión del pueblo mapuche hasta que en 1879 fuera destruido por el actual Ejército Argentino. En esa oportunidad, salvando milagrosamente su vida llegó caminando hasta el actual paraje de “Paso de los Molles” luego de, como nos lo relata su hijo Pedro, haber logrado escapar de una fosa común en la cual estuviera tres días “enterrado”, haciéndose pasar por muerto antes de que los militares terminaran de rematarlo. Tenía, para asombro de todos quienes lo conocieron, la marca de un hachazo en su cabeza que no podía dejar lugar a dudas a los militares respecto de su muerte.

Prácticamente no hablaba “castilla” y decía que era un “kona” (militante guerrero) de su comunidad, la cual sería una de las sitiadas y asoladas por el Ejército durante la guerra de conquista. Se sabe que muchos mapuche que habitaron en las cercanías del río Pichileufu, antiguamente

llamado “Machi-leufu” (río de la Machi), tienen ancestros oriundos de “El Azul”. De allí viene la denominación comúnmente reproducida en la zona de “Azuleros”, tal y como se llamó a los descendientes de familias mapuches tradicionalmente reconocidas en la zona de la precordillera rionegrina y neuquina, tales como Llanquín, Prafil, Cañiú Curá o Liempe.

Es por este motivo que la comunidad de Paso de los Molles mantuvo siempre fuertes vínculos con la Comunidad de Anecón Grande, cuyos miembros también habían sido desterrados del centro de la Provincia de Buenos Aires. Por ello, numerosos relatos históricos nos refieren que ambas comunidades celebraban juntas las ceremonias de “nguillatún” o “Kamarikun” durante los meses de febrero, en la pampa en donde hoy viven los Calfunao, a escasos metros de las viviendas de Dominga y Felisa Millapi, trasladándose entonces masivamente los miembros de la comunidad de Anecón Grande en carros y yeguarizos hacia Paso de los Molles para dicha ceremonia hasta entrados los años 40. La misma actitud tomaba la comunidad de éste último paraje para ofrecer la reciprocidad a sus visitantes.

Don José Millapi tuvo cuatro esposas, con quienes generó cerca de quince hijos. Así tuvo a Julio, María, Audalía, Cornelio, Rosario, Emilio, Julia, Eustaquio, Carmen, Antonia, Germán; todos de apellido Millapi. Con la última de sus esposas, Herminia Castillo, tuvo varios hijos más, entre quienes se cuentan Felisa, Dominga y Pedro, las dos primeras demandadas en el presente.

Actualmente vive Felisa su hija menor, con 83 años de edad y ciega, en el lugar donde aún quedan restos de la casa de José. A una distancia de unos seiscientos metros de allí, en lo que constituía otra antigua tapera de José (“Tapera de las Chapas”), vive Dominga, con tres de sus 12 hijos: Santiago, Aquilino y Alejandro. En el campo vecino y a unos pocos kilómetros, vive Pedro Millapi junto a su familia.

En los años 30, visitaron la zona tres inmigrantes españoles, uno de lo cuales era don José María Galván, quien solicitó a Don José Millapi trabajar “a medias” (contrato de mediería en que una de las partes aporta el uso del campo y el otro los animales, correspondiéndole el producto en un 50% a cada uno) el campo situado en las proximidades de “ La Tapera de las Chapas”. Accediendo José Millapi al citado trato, el colono se instaló junto a sus tres hijos y su primer esposa, Nolfá González, quien fallece al poco tiempo casi sin residir nunca en el mismo debido a una enfermedad que la aquejaba. Sus tres hijos, por su parte, prácticamente no residieron en el campo, dado que a su mas tierna edad se van a vivir con los familiares de su madre fallecida, accediendo al campo a visitar a su padre en forma intermitente.

Es en estos momentos cuando, una vez trasladada Nolfá González, e incluso antes de su muerte, Don José María Galván “se junta” con Dominga Millapi, una de las quince hijas de José Millapi, manteniendo así la vigencia de ese “contrato original” respecto de la utilización de una pequeña parte del campo de aquel y teniendo con ella doce hijos, entre los cuales se encuentran Santiago, Alejandro y Aquilino, todos de apellido Galván.

b).- La configuración de la injusticia:

- La situación descripta resulta relevante a fin de percibir el grado de injusticia, en virtud de la cual los tres hijos del matrimonio español, que prácticamente no residieron en el predio, se beneficiaron en la sucesión de su padre, resuelta durante los años 70, con el 50 % de la herencia proveniente de su madre, Nolfá González, con el doble de la porción que correspondía a los hijos “naturales” que tuviera con doña Dominga Millapi, por no ser éstos últimos “legítimos”.

Y he aquí la segunda situación de flagrante injusticia que denunciarnos, toda vez que el mismo Estado Rionegrino, una vez fallecido José Millapi en los años 30, resuelve dar cabida a la solicitud de adjudicación en venta que formulara entonces a nombre de aquel mismo José María Galván que se había acercado en su momento a don José Millapi a solicitarle un lugar en su campo para explotarlo “a medias”. Cabe aclarar que en esos tiempos, existiendo una pareja en el campo, la Dirección de Tierras y Colonias otorgaba el “permiso precario de ocupación” y la posterior

“adjudicación en venta” a nombre del “hombre de la familia”, no así de la mujer, que en este caso en particular era indiscutiblemente la que gozaba de los derechos de posesión indígena sobre el lugar, por haber nacido allí y por ser hija de don José Millapi.

Es así como el 22 de diciembre de 1965 la Dirección de Tierras u Colonias de la Provincia ordena el otorgamiento del Título de Propiedad (por Decreto N° 2637 – Título n° 526, inscripto en Registro de Propiedad el 3-01-66, Tomo 419, Folio 48, N° de Finca 92.576.) a favor del Sr. José María Galván, quien había solicitado la respectiva mensura al Ing. Shaw. Este último se las ingenió para localizar en distintos lugares imaginarios a los pobladores mapuches despejando la zona de modo que “no se observan irregularidades en su tramitación” como sostiene Daniel Tait, Director de Tierras del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Río Negro en su nota dirigida al Defensor del Pueblo el 26 de diciembre de 1997.

Sin embargo, entre los vecinos perjudicados por esta mensura y la confección final del citado título, se encuentran los descendientes de la comunidad de Domingo Maripi Paillalef y, más al este, los hijos de Francisca Navarrete, quienes actualmente se hallan dispuestos a promover una acción reivindicatoria en favor propio y de la Comunidad indígena de Paso de los Molles a la que pertenecen, amparados para el caso en los actuales derechos constitucionales y basados en los expedientes que obran en la Dirección de Tierras, manifestando públicamente las absolutas irregularidades a las que han tenido acceso y en que se han basado las autoridades de Tierras para el otorgamiento de aquel título.

En el interior del predio que hoy involucra el título de propiedad otorgado a José María Galván, cercada por un callejón que alambrado su pequeño campo, vive actualmente Felisa Millapi. En este lugar y en otros es posible verificar los corrimientos y superposiciones de alambrados. Existe, incluso, un curioso caso en el que, disputándose el campo entre doña Francisca Navarrete, José María Galván y el colono español de apellido Alonso, cada uno de ellos colocó en paralelo un alambrado a una distancia de 50 cm .

No cabe la menor duda de que hoy resultaría clara y contundente la aplicación del texto del Convenio 169 de la OIT cuando en su art. 17 inc. 3° establece que *“Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”*. Lo propio sucedería con la aplicación de los art. 11 a 13 de la ley provincial 2287.

c).- Las distintas cesiones operadas “con los gauchos dentro”:

- A finales de los años '60 fallece don José María Galván, luego de lo cual, sus hijos “legítimos”, no habiendo residido en el campo más que durante el corto tiempo en que su madre estuviera allí, le venden sus derechos hereditarios a Jesús Arroyo, iniciador de la empresa frigorífica más importante de la región. Posteriormente se realiza el remate del campo en virtud de la sucesión y el mismo empresario adquiere también todas las partes correspondientes a los hijos menores de edad (los de Dominga y José María Galván) sin que éstos perciban jamás precio alguno por dicha operación.

Muchos años después, ya durante 1994, Eduardo Arroyo, hijo de Jesús, adquiere dos campos, utilizando uno como veranada y el otro como invernada. Existen dos títulos de propiedad porque originariamente uno correspondía al predio de la familia Alonso y el otro al “de Galván”.

En marzo de 1997, Eduardo Arroyo vende ambos predios a John Gilbert Ogilvie, ciudadano norteamericano residente en el país durante algunos meses al año. Con fecha 30 de setiembre de 1997, el mismísimo Delegado de la Dirección Provincial de Tierras en la zona andina, Clodomiro Ferreira, traslada personalmente a Santiago Galván, principal demandado en el presente y uno de los hijos de Dominga Millapi, al pueblo de Pilcaniyeu a fin de que este enviara su telegrama de renuncia a Eduardo Arroyo, sin saber aquel leer ni escribir. La estrategia original pergeñada por

los actuales actores en el presente procedimiento consistió en contratar, con fecha 1 de marzo de 1997 (tal cual consta en los recibos de sueldo correspondientes y en Anses) a Santiago Galván como peón en el campo donde naciera y residiera siempre, logrando luego su renuncia a fin de iniciarle así un proceso de desalojo por "finalización de relación laboral".

Tan interesado resultó en la cuestión el mismo Clodomiro Ferreira, Delegado Regional de Tierras, que con fecha 24 de septiembre de 1997, desde su doble carácter de funcionario y Administrador del campo de Ogilvie, realiza un acta de Exposición denunciado que Santiago Galván "no se retiraba del campo".

La misma Dirección de Tierras dispone, por resolución del 1 de diciembre de 1997, el desalojo de los Millapi del campo que habían ocupado siempre, situación que determinó que con fecha 14 de diciembre de ese año se emitiera una nota de la Coordinadora del Parlamento Mapuche de Río Negro hacia el Ministerio de Gobierno de la Provincia solicitando se inicie sumario Administrativo contra el Delegado de Tierras en Bariloche, Sr. Clodomiro Ferreira, por su sospechosa intervención desde su doble carácter de funcionario público y Administrador del campo en cuestión, para obtener así una orden de desalojo firmada por la repartición, que él mismo representaba, en contra de la familia Millapi.

Tal tipo de irregularidades ya han sido advertidas por el Superior Tribunal con anterioridad, cuando en el caso: "CO.DE.C.I. DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 19439/04-STJ-), en relación con la posible instalación del proyecto minero "CALCATREU", el Dr. Lutz revelaba en su voto que: " **La DIRECCION DE TIERRAS Y COLONIZACION parece haber tenido una actuación distraída al respecto, no solamente por la demora de décadas, sino por la omisión de la legislación específica de la "cuestión indígena" y sus reglamentaciones a aplicar a los pobladores de dicha Reserva (Lipetrén) en cuanto a regularizar la situación de la tierra fiscal, ampliar hacia otras tierras aptas aledañas, operar con las reconocidas organizaciones que se desenvuelven en ese medio y colaborar con las actividades del CODECI. en procura de resultados más eficaces según el ordenamiento jurídico en vigencia, incluyendo los lineamientos del inc.17 del art.75 de la C.N ., la Ley Nacional N° 23303, el art. 42 de la C.P ., las Leyes N° 2287 y N° 2553, los Decretos N° 1693/90 y N° 310/98, etc"**.

Dejamos a criterio de ese Excmo. Tribunal la consideración de la posible comisión por parte del Funcionario de Tierras de algún acto delictual y la pertinente remisión de las presentes actuaciones al Sr. Fiscal.

Luego de ello, es historia conocida, dado que las principales cuestiones suscitadas entre las partes constan en el presente procedimiento, hoy a la vista a de los Sres. Jueces, dentro del cual es dable emitir las presentes consideraciones de hecho y de derecho a fin de brindar la mayor utilidad a favor de los Sres. Jueces al presente escrito de "Amicus Curiae".

d).- Un título de propiedad que incluye una escuela:

La Escuela 99 de Paso de los Molles comienza sus actividades y desarrollos curriculares desde antes del año 1940 en un predio donado al Estado Nacional por el vecino Benjamín Alonso. Es posible revisar el Libro Histórico de la Escuela que se encuentra en los archivos resguardados por la Delegación Regional Bariloche del Ministerio de Educación de la Provincia. En la actualidad viven en la zona rural aledaña muchos ex-alumnos que cursaron allí sus primeros escolares, siendo varias decenas de ellos los que residen actualmente en la ciudad de S. C. de Bariloche.

El predio se encuentra en la margen Oeste del río Pichileufú ("río pequeño") a escasos metros de donde hace poco tiempo ha construido un chalet el ciudadano estadounidense John Ogilvie. Este último debió destruir para ello la totalidad de los emplazamientos de aquella escuela,

aún cuando persisten allí los cimientos del mástil de la bandera del patio. La Dirección General de Tierras y Colonias ha informado y aseverado, a través del testimonio del subdirector Gentile, que la Escuela , predio que debiera encontrarse reservado al Ministerio de Educación, existe, pero se encuentra en el lado **Este** del río, en los emplazamientos que pertenecen a la vivienda de la ex-diputada nacional Trinidad Benavides. Sin embargo, todos los testimonios de la zona nos revelan que yerra la dirección de Tierras en su aseveración, tanto como lo hizo el Ing. Clodomiro Ferreira, ex-delegado de tierras en Bariloche, cuando asesoraba e intervenía en la compra que Ogilvie hiciera de los campos.

Viven aun en Bariloche los maestros Iglesias y Garache quienes ejercieron sus funciones docentes hasta el año 1984. Evidentemente resulta posible obtener una determinación exacta de la ubicación de la escuela preguntado a los pobladores de la Comunidad de Paso de Los Molles que concurren a ella, o bien a los innumerables ex-alumnos que viven en las ciudades de Bariloche y pueblos vecinos de Pilcaniyeu y Comallo.

Por ello, y ante la necesidad actual de los pobladores de la zona para reabrir un edificio escolar en el lugar en que estuviera emplazada otrora, la Comunidad de Paso de los Molles solicitará a la provincia de Río Negro la restitución del predio respectivo, toda vez que hoy sus hijos deben trasladarse hasta 30 y 40 kilómetros de distancia para contar con la posibilidad de cursar sus estudios primarios, viéndose obligados a cambiar notablemente su estilo de vida al no poder vivir con sus padres.

e).- La evasión fiscal detectada:

Cabe mencionar, por lo llamativo de la cifra, que la operación de supuesta “compra” del campo en cuestión, predio de 2.500 hectáreas en área óptima de precordillera, con aguadas, arboledas, arroyos y excelentes pasturas, se realizó, conforme lo consigna la propia escritura traslativa de dominio, por un monto de \$ 30.000.- (pesos treinta mil) en el año 1997, lo cual nos deja entrever una grosera evasión al fisco de la provincia, toda vez que resulta público que el valor de un campo como el citado en el mercado podría ubicarse en cien veces esa cifra, motivo por el cual los miembros de la Comunidad Indígena de Paso de los Molles formularán la denuncia respectiva ante los organismos de control.

Podemos, por tanto, sospechar fundadamente que la compra que hiciera el mismo actor de la presente de un campo vecino de 4.500 hectáreas , se encontrará, casi con seguridad, viciada por la misma aberrante evasión impositiva, motivo que ameritará la investigación correspondiente.

f).- De usurpador a “patrón”:

Por resultar claramente aplicable al caso de marras, siendo incluso este caso uno de sus fundamentos históricos, resulta oportuno traer a colación parte del contenido de la ponencia realizada por el Dr. Darío Rodríguez Duch, abajo firmante, en el Congreso “Cultura y Desarrollo” durante junio de 2003. Al respecto, citaba la exposición:

“Un tercer y curioso sistema (de despojo de las tierras de las comunidades indígenas) se transformó en algo muy común en la zona de la precordillera patagónica, resultando mucho más práctico y elegante. Para evitar el desgaste y el frecuente “bochorno” público por hacer uso de procedimientos como el antedicho (violencia directa y avance nocturno de los alambrados), el usurpador adoptaba comúnmente este otro sistema que, al menos en apariencia, era mas “humano” que el anterior.

Tal era el caso de cuando, una vez consumado el despojo mediante el tendido de alambrados y posterior ingreso al campo de sus animales, el despojante “invitaba” a las distintas familias de ocupantes originarios a continuar habitando su propia vivienda, construida por ellos

misimos y en cuyo emplazamiento venían habitando sus ascendientes desde siglos, transformando el carácter de éstos en el de "simples tenedores" o "puesteros", considerando a sus viviendas como "puestos" (lugares de avanzada dentro del campo, con viviendas y corrales ubicados estratégicamente para la mejor explotación del campo en su totalidad) y otorgando a uno de sus ocupantes, generalmente el varón hábil de mediana edad, un sueldo de parte del improvisado "patrón", que pasaba de usurpador a "empleador".

A través de este curioso pero efectivo método se consumaba el despojo de una manera menos "traumática", y ante la posibilidad del no retiro de su territorio, los indígenas, legítimos poseedores de sus tierras, consideraban a esto una opción válida para continuar con su modo de vida. Continuaban de hecho teniendo sus pocos animales y contarían además con el aporte de un pequeño sueldo.

Así, el usurpador configuraba una situación irregular en la que el antiguo poblador y poseedor legítimo pasaba a quedar en "relación de dependencia" de aquel que le estaba quitando los derechos sobre sus tierras (al menos en los papeles) y su propia vivienda pasaba a constituir un "puesto" de la ilegítima "estancia" así conformada.

Difícil era para estos pobladores indígenas, puestos así en la encrucijada entre ser desalojados violentamente o aceptar este leonino trato que al menos les permitía continuar en contacto con su tierra, no elegir sin dudar esta segunda opción.

*Más difícil aún era prever que en virtud de esta figura jurídica, los improvisados "empleadores" serían quienes, muchos años después y cuando ya el campo no resultara negocio por el escaso valor de la lana, les iniciarían un juicio laboral por despido, incluyendo su desalojo porque iban a necesitar vender el campo a un tercero, teniendo en cuenta que éste último no aceptaría comprar dicho campo con ocupantes dentro. Podríamos nombrar innumerables casos en este sentido pero vienen a la mente recientes casos llevados en los parajes **Paso de los Molles**, Pipil Cura, Supay Niyeo o Arroyo las Minas.*

Llamaba poderosamente la atención el desparpajo con el que cierto operador inmobiliario, a quien se le realizara una cámara oculta recientemente en un programa de investigación, mencionaba al potencial cliente que el campo se le vendía con veranada, "house", corrales y "gauchos" (eufemismo, éste último, mediante el cual las inmobiliarias suelen hablar de los pobladores indígenas de la Patagonia).

De este modo obtenemos una somera semblanza sobre una de las formas más efectivas con que la cultura dominante vino a imponer su supremacía. A través de esta extraña institución se doblegaba y despojaba de lo suyo a las culturas originarias con argumentos legales, todo en pos del arribo de la "civilización". (Ponencia a cargo del Dr. Darío Rodríguez Duch en el Congreso "Cultura y Desarrollo", Palacio de las Convenciones de La Habana , Cuba, 10 de junio de 2003).

VI.- MARCO LEGAL.

1) CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES PLANTEADAS:

Durante el presente procedimiento, el letrado de la parte demandada ha realizado un pormenorizado análisis respecto de las excepciones procesales que debían plantearse desde un primer momento ante la promoción de la acción sumaria de desalojo, las que han resultado rechazadas por las resoluciones de los Jueces de Primera y Segunda Instancia.

Sin embargo, resulta hoy de utilidad traer a colación en el actual escrito de Amicus Curiae algunos conceptos que, no habiendo sido en su momento planteados, no pudieron originar tampoco contestación alguna por la contraparte ni resolución al respecto por parte de los jueces intervinientes, razón por la cual haremos hincapié en el desarrollo de dos de las excepciones que, aunque propuestas por el letrado de los demandados, observan algunas aristas particularísimas para este caso, dado que se trata aquí de territorios correspondientes a comunidades indígenas.

Detallaremos entonces a continuación los argumentos no tratados durante el presente procedimiento en relación con dos excepciones fundamentales: la falta de legitimación activa y la prescripción adquisitiva.

-

a).- Falta de legitimación activa:

Ni el Sr. John Gilbert Ogilvie, ni su Sra. debieron haber sido tenidos por actores en las presentes actuaciones, dado que los mismos no poseen ni poseyeron nunca legitimación para ser considerados parte en el proceso que iniciaron sobre el particular predio ocupado tradicionalmente por los demandados, toda vez que la tierra de la que intentan desposeer a estos últimos jamás les perteneció en carácter de propietarios, no solo en virtud de que los títulos que aducen resultan inválidos a la luz de la nueva normativa constitucional, sino por el hecho de no haber ejercido nunca, sobre la parte del predio en cuestión, posesión efectiva alguna.

Al respecto, los actores no han podido jamás realizar acto posesorio alguno sobre dicho terreno, atento los demandados, en nombre propio y de la comunidad indígena del pueblo mapuche a que pertenecen, jamás le han entregado tal posesión, lo cual desconfigura de por sí la supuesta condición de propietarios de los actores en los términos exigidos por el art. 3265 del Código Civil en cuanto este exige la efectiva tradición de la cosa para ser considerados tales.

El Código Civil no permite que nadie, sin el cumplimiento del previo requisito de recibir la entrega efectiva de la posesión en mano (tradición) pueda hacer gala del carácter de "propietario". Dicho extremo nunca sucedió en el caso que nos ocupa, atento tratarse de territorio ocupado ancestral e indubitadamente por los Millapi y su comunidad, los que jamás cesaron en su posesión "*animus dómni*".

Podemos traer a colación las normas del Código Civil Argentino en lo que hacen a la materia. Sobre el particular el artículo 577 dice "*Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real*", a su vez completa el 3.265 que "*Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición ...*", a lo que el 2.383 agrega que "*Para juzgarse hecha la tradición de los inmuebles, no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble este libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome*".

En tal sentido, resulta aplicable al caso el criterio recientemente sustentado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy en autos "Comunidad aborigen Laguna de Tesorero – pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo s/ prescripción adquisitiva" Expte. 2397/04 STJJ, donde se desconoce la legitimación del titular registral del predio reclamado por la comunidad, Sr. Cosentini, cuando revela que "***El demandado no pudo probar más que su condición de titular registral desde el año 1992 en que le fueron cedidos, a título gratuito, los derechos y acciones hereditarios sobre las mismas...(tierras)***", agregando luego que: "*Por su parte éstas (las herederas declaradas) cedieron gratuitamente a César Eduardo Cosentini los derechos y acciones sobre el inmueble mediante la escritura de fs. 107. Según se consigna en ese instrumento, el cesionario quedó colocado "en el lugar, grado y prelación de los expresados derechos y acciones", sin que conste haberse concretado la tradición del bien, requisito ineludible para que se configure el modo, elemento ineludible para la adquisición del dominio que reclama...*" (STJJujuy, Expte. 2397/04, Sentencia del 27/12/05).

Por tanto, solicitamos de V.E tenga presente la argumentación expuesta, toda vez que dicha excepción no ha podido resultar tratada debidamente en las instancias anteriores, pudiendo actualmente el STJ resolverlo a la luz de la normativa y jurisprudencia citada, interpretando así el derecho aplicable en el debido contexto jurídico del caso.

b).- La prescripción adquisitiva en el derecho indigenista:

Si bien hubo sido planteada oportunamente la presente excepción, consideramos que, de un tiempo a esta parte, el particular instituto de la prescripción adquisitiva debe observar un claro vuelco en cuanto a su aplicación e interpretación respecto del carácter de los actos posesorios realizados por los integrantes de una comunidad indígena, tal y como resultan indubitablemente los demandados.

En primer término, la posesión "*animus domini*" debe ser considerada en base a un criterio amplio para el caso de las comunidades indígenas, las que logran precisamente el carácter "pacífico" de su posesión, luego de más de un siglo de dominación y sojuzgamiento, accediendo voluntariamente a determinados extremos que le viniera requiriendo compulsivamente el mismo sistema legal del "winca" o blanco. De lo que no cabe ninguna duda, es que esa posesión pacífica e ininterrumpida es ejercida por la familia Millapi desde que llegó al predio don José Millapi en 1879, naciendo allí mismo sus hijas Felisa y Dominga, además de todos sus nietos y biznietos, lo cual nos habla a las claras de un plazo notablemente superior a los 20 años requeridos por el Código Civil, tornando claramente aplicable al caso de marras el presente instituto contra el planteo formulado por la actora.

Cabe aclarar que, en el caso de las comunidades indígenas, los actos posesorios se exteriorizan en la vieja construcción de sus viviendas, corrales, potreros y galpones, datados por el perito interviniente en más de 70 años de antigüedad. Lo que no refleja la pericia arquitectónica es si antes de esas construcciones "nuevas" no existían allí mismo emplazadas otras viviendas originales levantadas por las mismas manos, o de sus ascendientes. Debemos destacar, además, que se consideran actos posesorios en la cosmovisión indígena al emplazamiento de un cementerio familiar, tanto como la disposición de los sitios ceremoniales existentes en ese lugar desde tiempos remotos.

Y es así que los actos posesorios de una comunidad indígena no solo que no se miden a través de los actos meramente descriptos en el art. 2384 del Código Civil, aún cuando efectivamente los realizaron, sino que debemos interpretar su relación con el terreno desde una perspectiva mucho más abarcativa respecto de su validez, atento el hecho del conocido criterio de protección del medio ambiente y de su necesidad de pasar desapercibidos en su entorno.

Teniendo en consideración las cuestiones relativas a sus diferentes valores de vida, los cuales deben ser respetados atento al precepto constitucional que impone "garantizar el respeto a su identidad cultural", resulta imperativo comprender que, en la cosmovisión indígena, el modo de poseer es absolutamente diferente al modelo de posesión derivado de la cultura europea.

En este sentido, el mayor hincapié se encuentra dado en la ESPIRITUALIDAD de los involucrados y en su estilo de vida COMUNITARIO, debiendo respetarse pautas diferenciales en la relación constante del hombre con la naturaleza.

El hecho de vivir por generaciones en su propio lugar, realizando la cultura de la tierra a su manera y respetando la relación que guarda la posesión indígena con el territorio en que viven importa, de por sí, un acto posesorio por excelencia demostrativo del "*ánimus domini*" que también afinca en el derecho común las enunciaciones jurisprudenciales antedichas.

En cuanto al particular requisito para la procedencia de la prescripción adquisitiva de acreditar su "*ánimus domini*", podemos argumentar que la lógica más elemental nos lleva a concluir que quienes en forma pública, continua e ininterrumpida han sembrado, plantado, cercado con "palo pique", levantado sus viviendas y espacios comunitarios, sitios ceremoniales y hasta el cementerio comunitario en el lugar; han venido ejerciendo sin lugar a dudas la posesión "*rem sibi habendi*", comportándose para el caso como verdaderos dueños y sin reconocer en otros ese derecho.

En el caso que nos ocupa, resulta claro y evidente, a la luz de toda la prueba testimonial operada en autos, el hecho de que jamás los demandados abandonaron la posesión (testimonio de Jorge Arroyo), de que poseían a título de dueños (testimonio de Daniel Eduardo Arroyo), y del carácter indígena y tradicional de su posesión, tanto como de sus actos posesorios "*animus domini*" contruyendo ampliaciones a las viviendas (testimonios de Emilia González de Pincheira, Irineo

Riquelme y Carlos Félix Domínguez). Dichos extremos pudieron ser debidamente constatados por V.E. en ocasión de la visita que el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro efectuara al paraje Paso de los Molles el pasado 8 de noviembre de 2005.

Por ello, resulta doblemente grave y preocupante para nuestro sistema institucional, transformando a la presente en una indiscutible causa de interés público atento la clara violación de los preceptos constitucionales; que las dos sentencias recaídas en autos hasta el momento expresen que los demandados no han acreditado debidamente su posesión "*animus dómini*", tanto como parten de la falacia de que luego de la subasta operada en la sucesión se transformaron en "meros detentadores" de su territorio ancestral.

Dado que el espíritu del texto Constitucional es contundente cuando expresa el "reconocimiento a la preexistencia étnica y cultural" y el "respeto a su identidad" (art. 75 inc. 17 C .N.), mal podría, en virtud de normas subalternas como resulta ser el Código Civil, pretender someterse a los pueblos indígenas en forma igualitaria al cumplimiento de formalidades legales ajenas a su cosmovisión a la hora de evaluar el carácter de sus actos posesorios y los derechos sobre el territorio que ocupan ancestralmente.

Conforme lo expuesto es que el carácter de la posesión indígena en el predio de donde pretende desposeérselos, permite rechazar de plano cualquier pretensión de reconocimiento de posesión o tenencia alguna con que adujeran los actores haber contado sobre el mismo, tanto sea por sí como por sus antecesores, correspondiendo, para el caso, el reconocimiento de los actos posesorios de los demandados conforme la característica de comunidad indígena y haciendo lugar, en este caso, a la excepción de prescripción adquisitiva en su favor, situación no resuelta correctamente por las instancias judiciales previas a la presente.

Cabe citar como antecedente directo y oportuno el caso de la "Comunidad Mapuche Huayquillan c/ Brescia Celso y otro s/ prescripción adquisitiva" (Expte. Nro. 7250/1) del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquen, con sentencia actualmente firme del día 18 de agosto de 2004, en donde la citada comunidad mapuche solicitaba se declarara operada la usucapión sobre el territorio tradicionalmente ocupado por la misma, ante lo cual el tribunal accede al pedido resolviendo que, en virtud del principio de supremacía constitucional "**A la comunidad le hubiere bastado, como lo hizo...acreditar su calidad de pueblo indígena, y la ocupación de las tierras por las que acciona (art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional) para obtener el reconocimiento del derecho que reclama**".

Otro reciente caso emblemático fue el que la Comunidad jujeña del pueblo Ocloya "Laguna de Tesorero" promoviera como prescripción adquisitiva en relación con su territorio cuyo título de propiedad estaba reconocido, sin embargo, al particular Cesar Eduardo Cosentini. En dicho caso fue el mismo Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy quien hizo lugar a la acción ordenando inscribir, incluso, la titularidad del dominio del predio en cuestión a nombre de la actora, haciéndose constar mediante anotación marginal su carácter de inenajenable, imprescriptible e insusceptible de gravámenes y embargos. ("Comunidad aborigen Laguna de Tesorero – pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo s/ prescripción adquisitiva" Expte. 2397/04 del STJJ).

Sin duda, en el caso que nos ocupa la situación resulta mucho más clara aún, dado que los miembros de la familia Millapi – Galván, y de la comunidad mapuche de Paso de los Molles a la que integran, vienen públicamente poseyendo el predio en cuestión desde hace más de un siglo, lo cual determina con claridad la aplicación del instituto de la prescripción adquisitiva para echar por tierra la pretensión de la actora.

Por todo lo expuesto, a la luz de todas estas consideraciones especialmente introducidas al presente procedimiento, consideramos que debiera proceder la excepción de prescripción adquisitiva propuesta, correspondiendo por tanto no sólo el rechazo de la presente, sino también la confección del título de propiedad comunitario en favor de la comunidad de Paso de los Molles por parte del Estado, tal como lo ha resuelto el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.

2).- LAS CUESTIONES DE DERECHO INVOCADAS:

a).- La noción de propiedad del Código Civil y los antecedentes legales del reconocimiento a los territorios indígenas:

Sin ánimo de desmerecer la encomiable labor hermenéutica de Velez Sarfield, corresponde aclarar que, muchas de las normas en que el mismo se basara para el dictado del Código Civil respecto del derecho de propiedad, resultan hoy inaplicables al reconocimiento de la propiedad que debe observarse para con una comunidad indígena, conforme las enormes variaciones que han venido observando las mismas a la luz del nuevo derecho constitucional e internacional.

Por eso, constituye un verdadero acierto el criterio del Juez Emilio Riat, de Bariloche, Río Negro, cuando revela en su sentencia de autos "SEDE, ALFREDO Y OTROS C/VILA, HERMINIA Y OTROS S/ Desalojo que:

"Compréndase bien: la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional".

"La posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas que requieren, por supuesto, alguna adecuación normativa (ver, por ejemplo, Altabe, Braunstein y González, "Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el artículo 75 inc. 14", ED 164-1193; Travieso, Juan, "Los derechos humanos de los pueblos indígenas. Normas de la Constitución Argentina de 1994 y tratados internacionales", etcétera)".

"Pero el derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo (ver, por ejemplo, Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo -homenaje a Marienhoff-. Dominio del Estado. Capítulo XXI - Tierras de comunidades indígenas", Abeledo, Lexis 1701/010057). Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa. De todos modos, se ha señalado que la ratificación mediante ley 24.071 del convenio 169 de la OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional".

"En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se concluyó precisamente que la posesión y la propiedad indígenas son conceptos nuevos y peculiares que afectan al concepto mismo del derecho real. Además, se recalcó su rango constitucional, supremo, diferenciado y autónomo del derecho civil inferior: "la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el artículo 75 inc. 17 C .N. hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente" (Conclusión VI). Según la comisión ponente, resulta "objetable, atento a la jerarquía que el poder constituyente le ha atribuido a las comunidades indígenas y a su propiedad, con un evidente propósito de reparación histórica, la pertinencia de que, desde la grada inferior del derecho privado, en un mismo rango con los derechos reales esencialmente privatísticos, con la pretensión de una mayor garantía, se intente una tipificación distinta que, en definitiva, podría conspirar contra los objetivos perseguidos" (ponencia conjunta de Jorge Alterini, Pablo Corna y Alejandra Vázquez; ver, por ejemplo, Andorno, Luis, "El objeto de los derechos reales en las XVIII Jornadas Nacionales de

Derecho Civil", JA 2002-I-1254)"

"Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera (cuestiones que fueron sometidas vanamente a prueba: fs. 299, 373, 391, 400, 421, etcétera). Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 -inciso 17- ya citado). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria. Y especialmente repugnante al nuevo derecho constitucional es el reproche de una supuesta interversión unilateral del título por parte del indígena porque éste, de acuerdo con la nueva Constitución, siempre poseyó por y para la comunidad. El título fue siempre el mismo; no hubo cambio ni interversión alguna".

Firmado: Emilio Riat. Juez"

Por eso, el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro podrá comprender en ésta ocasión que, tratándose en el presente de un predio que involucra a un territorio indígena, no se encontrará fallando sobre una simple cuestión de derecho privado entre particulares, razón por la cual un elemento tan precioso como es la tierra y cultura de una comunidad originaria no puede ser reconocido a un tercero extraño a esas tierras por el solo hecho de que pretenda haber obtenido "escritura pública" sobre las mismas.

b).- La normativa provincial aplicable al caso:

Luego de un amplio debate público que incluyó a distintos actores sociales de la provincia y que involucró la participación de los indígenas durante más de dos años, se dicta en 1.988 la ley 2.287 o "Ley Integral del Indígena Rionegrino", publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 1.989. En ella se brindan los lineamientos de la política indígena de la provincia aún con anterioridad a la mayoría de las normas que brindan hoy el sustento jurídico al denominado "derecho indigenista" (Constitución Nacional reformada en 1994 y Convenio 169 ratificado en 2000). En ella se expresan claramente los siguientes conceptos que mantienen relación con el caso que nos ocupa, y que requieren de una aplicación coherente por parte de los poderes públicos de la provincia de Río Negro.

Así, su art. 11 dice muy claramente: ***"Dispónese la adjudicación en propiedad de la tierra cuya actual posesión detentan los pobladores y/o comunidades indígenas existentes en la provincia"***. Tal concepto podría quedar en la mera enunciación si no estuviera acompañado de normas específicas que permitieran detectar las distintas situaciones irregulares existentes y propusieran "medidas positivas" para revertirlas. Por eso, el art. 12 comienza diciendo: ***"La autoridad de aplicación de la presente ley, coordinadamente con la Dirección de Tierras de la Provincia efectuará las investigaciones en relación al cumplimiento de los dispuesto por la Ley de Tierras, las leyes vigentes de creación de reservas, y los derechos vinculados a la tradicional posesión previos a la provincialización. En caso de detectar anomalías arbitrará los medios para realizar las gestiones judiciales correspondientes."***

Pero más aún, esta normativa provincial avanza notablemente por sobre las leyes de otras provincias, incluso de la normativa nacional, cuando propone que distintas áreas del mismo estado rionegrino promuevan inmediatamente las acciones judiciales o administrativas que correspondan. Dice al respecto el art. 13: ***"En los casos que luego del análisis a que se hace referencia en el artículo anterior se detectaran situaciones de lesión enorme o subjetiva, usurpación y otros vicios de la posesión y/o adquisición del dominio en perjuicio de las comunidades indígenas y/o sus pobladores, el órgano de aplicación dará intervención a la Fiscalía de Estado (hoy también al***

CODECI) a los fines de la promoción inmediata de las acciones judiciales y/o administrativas que correspondan, y cuando fuera necesario se solicitará al Poder Legislativo el uso del mecanismo de la expropiación”.

Avanza aún más la legislación rionegrina hacia una posición preclara en favor de los indígenas cuando establece indubitablemente el principio “pro indígena” para el ejercicio de la presente ley. Dice el art.. 58: **“En caso de duda sobre la interpretación, aplicación o alcance de esta ley, los encargados de aplicarla, decidirán en el sentido más favorable al indígena”.**

c).- Nuevo derecho real:

Para evitar las futuras intromisiones como de la que pretende hacerse víctima a los aquí demandados, la legislación ha encontrado un remedio, fundado en el nuevo texto de la Constitución Nacional , a través de la obligación que pesa hoy sobre el estado de regularizar el dominio indígena por medio de *títulos de propiedad comunitarios* para las Comunidades Indígenas. Se está hablando, para el caso, de un nuevo derecho real, abriéndose el tradicional principio de “**númerus clausus**” que regía en materia de los derechos reales. Se trata así de un nuevo derecho que la Constitución reconoce (la propiedad comunitaria) en cabeza de un nuevo sujeto de derecho (las comunidades indígenas de nuestros pueblos originarios).

Vale aclarar a esta altura un concepto que resulta esencial a la hora de comprender el verdadero status jurídico de las tierras o territorios que ocupan las comunidades indígenas. **“Al respecto cabe aclarar que la propiedad de los territorios indígenas está directamente reconocida por la Constitución Nacional. Dado que el art. 75 inciso 17 de la misma es plenamente operativo en virtud de los argumentos descriptos “ut supra”, dicha operatividad se manifiesta, en este caso, como una INTERVERSIÓN del título que ostenta el Estado nacional, provincial o municipal, en el sentido de que su única obligación es la regularización de ese dominio a nivel registral. Por tanto, el mismo texto constitucional establece que los inmuebles ocupados por indígenas pasan a ser bienes tradicionalmente incluidos en el patrimonio de las comunidades indígenas. La regularización lo es sólo en beneficio del propio Estado, quien a raíz de la intervención dominial, se muestra reteniendo una calidad registral que no tiene en la realidad del derecho, hallándose gravado, por lo tanto con el deber de exteriorizar la realidad jurídica: la propiedad comunitaria indígena.** (conf. Dr. Agustín Pestalardo en dictamen al gobierno de Jujuy de enero de 1998).

Dice el Convencional Constituyente Díaz (Convención Nacional Constituyente, inserción solicitada a la 29° reunión, 3° Sesión Ordinaria, 11 de agosto de 1994, Apéndice) que “los Convencionales entienden que **este modo tradicional de posesión comunitaria que practican los pueblos indígenas no cabe en las palabras del Código Civil vigente y que el fin de reconocer esa relación a nivel constitucional evita el conflicto entre los dos sistemas jurídicos cuando permite que ello se resuelva con la prescripción oportuna de una serie de normas específicas que respeten tal modalidad específica.** Entonces estamos diciendo claramente que el Congreso de la Nación debe hacerse cargo de que hay un modo diferente de ejercer la posesión de la tierra y que deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente”.

Nos aclara también Elena Highton al respecto en “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1.994” que: **“una propiedad tal (comunitaria indígena) debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve de donde la inalienabilidad y la indivisibilidad son las garantías de estabilidad y seguridad económica del grupo”.** Como consecuencia entiende que es relevante la derogación del régimen de sucesión del Código Civil para las tierras indígenas.(Elena Highton, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994).

Tal como lo destaca nuestra más prestigiosa doctrina, “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 que ésta se subjetiviza y aprisiona al hombre en sus entrañas y se hace propietaria de él (“gente de...” y no “tierra de...”). **Se desdibuja la idea que sustenta la propiedad individual de raíz romana, proyectada en los códigos decimonónicos**” (Alterini, J.H., Corna, P.M. y Vázquez, G.A., *Propiedad Indígena*, Editorial de la UCA, julio de 2005, pág. 41).*

Por todo ello, es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene dicho, en cuanto a “Los derechos sobre la tierra” de los pueblos indígenas que *“La tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y de enlace del grupo. La recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”* (CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos Indígenas en Perú, año 2000).

En cuanto a las “Tierras que tradicionalmente ocupan”, entiende la doctrina que dicho reconocimiento de derechos *“responde al objetivo de reparación histórica cuya fuerza movilizadora es indiscutible en el supuesto previsto...Se les reconoce el derecho de propiedad y de posesión. Entendemos que la fórmula empleada pretende resguardar el derecho de propiedad, no sólo en abstracto, sino también a través de su concreto ejercicio que supone la posesión efectiva de la tierra. Se busca que la proclama del derecho de propiedad no pueda quedar desvirtuada en los hechos por la imposibilidad del uso y del goce, los que quedan asegurados si concurren la propiedad y la posesión”* (Alterini, J.H., Corna, P.M. y Vázquez, G.A., *Propiedad Indígena*, Editorial de la UCA, julio de 2005, pág. 106).

Sostienen los mismos autores en relación con la propiedad comunitaria indígena que: *“Se trata de un derecho real, ante todo, porque se ejercita en relación directa con las tierras sobre las que recae. Tiene un indudable contenido patrimonial. Su régimen es de orden público. Su estructura la diseña la ley (Constitución Nacional), a través de preceptos imperativos a las que deben someterse inexorablemente, tanto las comunidades como todas las otras personas. Otorga a la comunidad titular los dos derechos esenciales en cualquier derecho real, el “ius persecuendi”, o derecho de persecución y el “ius preferendi”, o derecho de preferencia, ambos oponibles “erga omnes”. Es un derecho real autónomo”* (Alterini, J.H. y otros, ob. cit. págs. 154/155).

Asimismo, recalcan que *“Es un derecho real autónomo, que presenta algunas semejanzas con el dominio y el condominio. Pese a cierto paralelismo con derechos reales clásicos, son tan acentuadas las particularidades que no puede ponerse en tela de juicio que estamos en presencia de un instituto con rasgos propios”*.

En el mismo sentido se ha dicho que *“La reforma constitucional argentina de 1994 ha generado una nueva categoría de derechos reales que se suma a los tradicionales: la posesión y propiedad comunitaria de la tierra...”* (Travieso, Juan A., en *Los Derechos Humanos de los pueblos indígenas (Normas de la Constitución Argentina de 1994 y Tratados Internacionales)*, JA, 1996-III, pág. 1038); y que *“Se trata de un nuevo tipo de propiedad, no contemplado por el Código Civil, prima facie tuitivo de los indígenas previstos como grupos...”* (Sagües, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. II, 3º ed., Buenos Aires, 2001, pág. 571).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su fallo del 31 de agosto de 2001, en la causa “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua” puntualizó que *“El derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad, desbordando el concepto tradicional en el que prima la relación individual, toda vez que las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, en la que cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud humana, espiritual y material”* (La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 21/04/03, págs. 65-67).

d).- Medidas positivas:

- Es a la luz de todos los antecedentes citados que convenimos en que la solicitud de los títulos de propiedad comunitarios constituye, en definitiva, el último paso en el reconocimiento que los Estados Nacional y Provincial decidieron realizar en favor de las comunidades indígenas, atento una cuestión de costos. La confección de dichos títulos, sin embargo, simplemente es un derecho que corresponde a la Comunidad del pueblo mapuche de Paso de los Molles en atención al art. 14 del Convenio 169 de la O.I.T. que revela:

Art. 14: “ *Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... 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...*”

Al respecto revela la ley 23.302 en su art. 7 “*Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país*” Agregando luego en su art. 8 que “**La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras...El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación (INAI – CO.DE.CI.) para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos...**”.

Es precisamente en este punto que nos detendremos un instante, dado que el mismo CODECI ha implementado, en combinación con el INAI, el “Programa de Nuevos Derechos, Regularización Dominial y Personería Jurídica de Comunidades Indígenas” a partir del año 1998, dentro del cual se fijan dos primeras áreas de trabajo en las Reservas de Lipetrén y Pilquiniyeu del Limay, y se establecen claramente “**Áreas Críticas**”, denominando así a aquellos parajes en que se han detectado graves irregularidades y potenciales lesiones subjetivas en las operaciones de venta que involucran territorios indígenas en los términos de los art. 11, 12 y 13 de la ley provincial 2287 de Río Negro. Dicho carácter genera, precisamente en cabeza del estado rionegrino, la necesidad de brindar allí una particular protección legal a las poblaciones indígenas afectadas y un acompañamiento destinado a evitar potenciales abusos por parte de particulares en las operaciones de venta. Dentro de esas áreas críticas se encuentran, en primer lugar, **Paso de los Molles**, Arroyo las Minas, Pichi Leufu y Pipil Cura, extremo que podrá ser constatado por el Superior Tribunal en un pedido específico de informes que pudiera destinar al Codeci y al INAI.

No cabe entonces, otra consecuencia lógica de la “preexistencia” que nos menciona el nuevo texto del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional , que la de hacer pesar sobre el estado (nacional y provincial) la obligación de realizar el debido relevamiento de las ocupaciones existentes en cabeza de las comunidades indígenas y de confeccionar, según lo obliga el mismo sistema jurídico por él creado, los títulos comunitarios de propiedad en su favor, siendo, en todo caso, el mismo estado el primer interesado en “regularizar” esa posesión a través de la inscripción en un registro y de la expedición de un título.

Asimismo, cabe al Superior Tribunal en la presente instancia tener por acreditada, en base a las argumentaciones vertidas, la nulidad de los títulos de quienes nunca poseyeron los territorios ocupados tradicionalmente por la comunidad mapuche de Paso de los Molles, basándose para ello en la misma posesión tradicional que dicha comunidad indígena viene ejerciendo sobre su territorio.

--

VII.- CONCLUSIONES:

En virtud de todas las argumentaciones expuestas, las organizaciones suscribientes consideraron oportuno que el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro pudiera contar con los elementos de juicio agregados, teniéndolos presentes para la oportunidad de dictar su fallo definitivo y rechazando el planteo de desalojo que pretenden los actores contra los integrantes de la comunidad mapuche de Paso de los Molles aquí demandados, pudiendo verse, de no ser así,

potencialmente violados los derechos del mas alto rango constitucional e internacional citados en el presente escrito.

Tal cual lo revela el texto del art. 53 de la recientemente jurada Constitución de la Provincia del Neuquén, el estado debe tomar “**medidas positivas**” para tornar en operativos los derechos constitucionales reconocidos hacia los pueblos indígenas, dentro de las cuales deberán enmarcarse, en casos como el presente, el debido rechazo por parte del sistema judicial a los desalojos planteados contra las ocupaciones tradicionales indígenas, tanto como el reconocimiento del derecho a la confección de los correspondientes títulos comunitarios en favor de la comunidad indígena de que se trate.

Por todo lo expuesto, se solicita del Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro recepte la presente argumentación en carácter de “*Amicus Curiae*”, teniendo presente su contenido y adoptando la decisión propuesta por las organizaciones firmantes, rechazando de plano el planteo de desalojo de los actores y reconociendo el derecho que posee la Comunidad Mapuche de Paso de los Molles a la confección del título comunitario sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Proveer de conformidad que
SERA JUSTICIA v