

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única

San Carlos de Bariloche, 12 de agosto de 2004.

VISTOS: Los autos "SEDE, ALFREDO Y OTROS C/ VILA, HERMINIA Y OTRO S/ DESALOJO" (expte. 14012-238-99).

RESULTA:

A) Que Alfredo Sede, Catalina Sede, Victoria Sede, Sofía Sede, y Alberto Sede demandaron el desalojo de sus inmueble rurales ubicados en la sección IX de Río Negro a Herminia Vila, Patricio Vila, Pantaleón Vila, Ernesto Napal, Iglesia Evangélica Asamblea de Dios y demás ocupantes que hubiera porque ninguno tiene derecho a ocuparlos después de la relación laboral extinta que mantuvieron con Ernesto y un hijo de éste (fs. 21/24, 141/160 y 161/162).

B) Que los demandados, excepto la Iglesia, opusieron excepciones y pidieron el rechazo de la demanda porque integran la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao con derecho a la propiedad comunitaria y ancestral de esas tierras de modo que la cuestión debe resolverse en un proceso petitorio o posesorio en vez de un proceso de desalojo donde se debaten derechos personales; además de que ninguna de las partes tiene legitimación para ese proceso ya que los actores invocan títulos nulos y los demandados no tienen la obligación personal de entregar la cosa a pesar de que se extinguiera la relación laboral porque precisamente tienen su posesión ancestral y, en todo caso, adquirieron la propiedad por prescripción (fs. 55/89 y 180/183).

C) Que los actores contestaron las excepciones alegando que poseen legítimamente y por accesión de posesiones desde 1928, que pueden solicitar el desalojo sin exhibir título y que, pese a ello, lo exhibieron sin que ningún vicio concreto le imputaran los demandados, quienes jamás poseyeron por sí con actos ostensibles, ni pudieron poseer el mismo campo donde trabajaron bajo dependencia, ni intervertir unilateralmente la ocupación laboral por posesión a título de dueño, ni oponer a los actores la problemática indígena en vez de plantearla al Estado Provincial que expidió aquellos títulos e incluso autorizó la transferencia de sus derechos a un tercero (fs. 141/160 y 204/221).

D) Que la Iglesia Evangélica no contestó (fs. 234).

E) Que Alfredo Sede falleció durante el proceso y le heredaron Catalina Sede, Victorio Sede, Sofía Sede y Alberto Sede ya presentados (fs. 295, 307 y 308 vta.).

F) Que se abrió la causa a prueba (fs. 235) con el resultado que el secretario certificó (fs. 435 vta.).

G) Que solamente alegaron Herminia Vila y Ernesto Napal (fs. 437/438).

H) Que está firme el llamado de autos para sentencia (fs. 440 vta.).

Y CONSIDERANDO:

1º) Que la propia ley reconoce la antigua ocupación de la Comunidad Ancalao en la Sección IX de Río Negro.

Según el artículo 2 de la ley provincial 2.641 del 17/06/1993 «los integrantes de la Reserva Indígena Ancalao, ... ejercen la ocupación real y efectiva de los predios colocados bajo reserva ...», refiriéndose precisamente a la Sección IX de la Provincia de Río Negro. Aunque del texto de esa norma no surja concretamente cómo están distribuidas en la Sección IX las 28.383 hectáreas, 19 áreas, 11 metros cuadrados de superficie atribuidos en usufructo por la ley 674 del 11/10/1971 (derogada precisamente por la ley 2641), el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas corroboró como autoridad de aplicación de la ley nacional 23.302 (ley de protección de las comunidades aborígenes, reglamentada por el decreto 155/1989) que los inmuebles involucrados en este caso se encuentran en la "zona crítica" (fs. 411).

Aquellas dos leyes provinciales son consecuencia del decreto nacional del 17/11/1900 (cuyo original suscripto por el presidente Roca obra en los expedientes administrativos que fueron agregados a los autos "Provincia de Río Negro c/ Fitalancao S.R.L. s/ desalojo" de este mismo juzgado); decreto que a su vez fue consecuencia de la ley nacional 1628 (ley de "premios militares") porque premió al cacique Ancalao con la cesión de tierras por su colaboración en la campaña del desierto (ver, por ejemplo, "Bariloche, las caras del pasado" -página 133- de Laura Méndez y Wladimiro Iwanow, Manuscritos Libros, 2001; entre muchos otros).

A su vez, la propia Constitución rionegrina admite la preexistencia de la cultura aborígen (artículos 42 plenamente operativo de acuerdo con el artículo 14) y el Convenio 169/1989 (artículo 14) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por la ley 24.071, reconocen la propiedad sobre la tierra que los indígenas ocupan tradicionalmente.

Final y rotundamente, la propia Constitución Nacional también admite desde 1994 la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 75, inciso 17).

2º) Que Herminia Vila y Ernesto Napal integran con su familia la comunidad indígena que ocupa tradicionalmente los campos involucrados en este caso de acuerdo con el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas -CoDeCI- (fs. 54 y 412/413; corroborado por la testimonial: 379/380 y 385), autoridad de aplicación de la ley provincial 2287 (ley integral del indígena rionegrino) con funciones consultivas y resolutivas.

Recuérdese que «... Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización y se denominará indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad» (artículo 2 de la ley 23.302).

Es irrelevante que la comunidad todavía no haya concluido el trámite administrativo para obtener la personería jurídica porque ésta no es una condición para ejercer el derecho reconocido sobre las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la personería jurídica es otro derecho garantizado en vez de una obligación.

Por supuesto que es difícil establecer las características definitorias del indígena. ¿Cuáles son? "¿Sus ancestros, la pureza de su linaje, el apego a sus tradiciones culturales, su idioma, su propia visión del mundo, sus sistemas jurídicos, económicos y políticos, sus modos de producción adaptados a su ecosistema, el hecho de habitar en una región geográfica de un país con anterioridad a la conquista, colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, su lengua? o, como bien pregunta Anne Deruyttere, ¿es indígena cualquier persona que dice serlo?. ¿Cómo y dónde se colocan los límites a tal definición después de más de 500 años de mezcla biológica y cultural?" (Thomas Kliegel y Mariano Arrigo, "Historia y desarrollo de los pueblos indígenas. Criterios jurídicos para la definición de «indígena»", www.indigenas.bioetica.org/inves51.htm, y su cita: Anne Deruyttere: "Nativos en números", BID América, septiembre-octubre de 1999).

Se han ensayado muchos criterios, pero rige en nuestro derecho el criterio amplio del artículo 1 del Convenio 169/1989 de la OIT (ley 24.071) y los artículos 2 y 3 de la ley provincial 2.287, que además ha prevalecido internacionalmente. "Una definición de indígena debe abarcar de la manera más amplia posible todos los aspectos que cada uno de los pueblos indígenas consideran fundamentales para su identidad, para esto el criterio de autoidentificación significa la puerta de entrada hacia dicha definición. Por medio de este criterio se logrará obtener una definición que respete las ideas, creencias, tradiciones y demás aspectos que los pueblos indígenas consideren necesarios para el ejercicio de sus derechos y por sobre todas las cosas se obtendrá una definición libre de connotaciones políticas donde la integridad territorial de los Estados aparece como un fetiche al cual todos debemos adorar" (Arrigo y Kliegel, ensayo citado).

En fin, este caso cuenta con la ventaja de que la propia autoridad de aplicación ha certificado que la familia de los demandados pertenece a la comunidad indígena en cuestión, lo que exime de toda indagación adicional.

3º) Que, por lo tanto, la comunidad de los demandados posee las tierras en cuestión porque así lo reconocen las propias normas, tanto constitucionales como legales.

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).

Por eso se ha propuesto, por ejemplo, que la propiedad comunitaria sea un dominio público reservado a la población de cada comunidad o a cierta entidad no estatal que la represente (ver, por ejemplo, Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo -homenaje a Marienhoff-. Dominio del Estado. XXI Tierras de comunidades indígenas", Abeledo, Lexis 1701/010057).

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.

Es altamente improbable que los integrantes de una comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos (ver, por ejemplo, Ramella, Susana T. "Ideas demográficas argentinas -1930-1950-. Una propuesta poblacionista, elitista, europeizante y racista" y sus citas, especialmente las obras de Abelardo Lavaggi; Gherzi, Carlos A., "Los derechos de las comunidades aborígenes -cuando la fuerza de la dignidad cambia la historia ..."; Rosemblat, Mora y Raimondi Quintana, "El Derecho de los Tratados con los Pueblos Indígenas", www.indigenas.bioetica.org/inves18.htm; etcétera).

La Constitución Nacional de 1994 ha dispuesto justamente una reparación histórica dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente; de modo que les basta con demostrar su pertenencia a la comunidad de acuerdo con los artículos 2 y 3 de la ley 2.287 y el artículo 1 del convenio 169/1989. Implica reparar la "reducción de tribus indígenas" que tuvo lugar a partir de la ley nacional de inmigración y colonización 817, la ley nacional de tierras 4167 y normas consecuentes, como el decreto-ley 9.658/45, que procuraban "incorporar al aborígen a la vida civilizada" y colonizar sus tierras con inmigrantes, en vez de respetar su identidad y territorio.

En fin, el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva ante todo con las nuevas normas de derecho público dictadas a propósito y, supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado. Además de las normas ya citadas, son ejemplos de ese cambio la ley provincial 2.233 (Comisión de estudios sobre problemas indígenas de la Provincia de Río Negro), las leyes nacionales 23.849 (Aprobación de la Convención de los derechos del niño, que contiene normas que tutelan al niño indígena, como los artículos 17 -inciso d-, 29 -inciso d- y 30), [24.544](#) (Aprobación del Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe), 24.956 (Censo aborígen), 25.517 (Disposición sobre restos mortales de aborígen que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas), 25.549 (Adjudicación de tierras a la comunidad indígena del pueblo Wicchi Hoktek T´Oi), 25.607 (Campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas), 25.811 (Expropiación de tierras de Lapacho Moro), y los decretos nacionales 757/95 (Adjudicación de tierras a comunidades indígenas del Chaco) y 1294/2001 (Aprobación del modelo de convenio de préstamo con el Banco Internacional de Reconstrucción y fomento para la realización del proyecto de desarrollo de las comunidades indígenas), etcétera. Basta con repasar el libro de sesiones de la Convención Constituyente de 1994 para corroborar la importancia de la cuestión (ver, por ejemplo, en www.gentilesaravia.com.ar).

4º) Que, en síntesis, los demandados Vila y Napal tienen título para poseer ya que la propia ley los legítima en tanto integrantes de la comunidad indígena.

El vocablo "título" no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etcétera: ver, por ejemplo, Salas-Trigo Represas, "Código Civil Anotado", comentario a los artículos 2789 y siguientes). Aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado.

Por lo demás, la situación de la Iglesia Evangélica es abstracta en este caso porque evidentemente ocupa u ocupaba el predio con permiso de los restantes demandados poseedores (fs. 177).

5º) Que los actores también ostentan títulos (fs. 8/13, 14/17, 332, etcétera) pero posteriores a la posesión tradicional y comunitaria de los demandados y con límites mal confeccionados que invaden la zona reconocida a la reserva Ancalao por el decreto del 17/11/1900, de acuerdo con lo informado por la autoridad de aplicación de la ley 2.287 (fs. 54 y 413).

6º) Que, por lo tanto, la cuestión excede el marco de un proceso de desalojo donde sólo puede ventilarse la obligación personal de restituir el inmueble.

Tal proceso no es idóneo para dirimir quién tiene mejor derecho a poseer la cosa, ni cuáles son los límites correctos de cada posesión. Al demandado le basta con demostrar un título legítimo para resistir la pretensión de desalojo, aunque el actor haya exhibido otro.

En el caso específico de las tierras rionegrinas se infiere de los artículos 7, 12 y 13 de la ley provincial 2.287 (que son de orden público dado lo dispuesto por los artículos 14 y 42 de la Constitución de la Provincia) que los derechos vinculados a la tradicional posesión del indígena están sujetos a una instancia administrativa previa que debe ser agotada, tal como se juzgó en el caso "Cambrá c/ Palma s/ desalojo" actualmente radicado en este juzgado (S.I. 672 del 12/09/2001). Del resultado de esa instancia previa dependen las eventuales acciones que pueda ejercer la Fiscalía de Estado (artículos 13 de la ley 2.287, artículo 190 de la Constitución provincial y artículo 10 de la ley 88). En síntesis, tal como informó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas -INAI-(fs. 411), la cuestión debe ser abordada por el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas -CoDeCI-, al cual deberán acudir los interesados para agotar la vía administrativa susceptible -recién después- de revisión contencioso-administrativa.

7º) Que, de todos modos, el desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió (art. artículo 2789 del código civil).

8º) Que, en síntesis, debe rechazarse la demanda por todo lo expuesto.

9º) Que las costas deben imponerse por su orden porque los actores pudieron creerse razonablemente con derecho a demandar en virtud de sus títulos (artículo 68, segundo párrafo, del código civil).

Y 10º) Que corresponde diferir la regulación de honorarios hasta que se establezca la base (artículos 23 y 26 de ley arancelaria).

En consecuencia

FALLO: I) Rechazar la demanda. II) Imponer las costas por su orden. III) Diferir la regulación de honorarios hasta que se determine la base. IV) Protocolizar, registrar y notificar esta sentencia.

Emilio Riat

Juez

Cristian Tau Anzoátegui

Secretario