



**ACUERDO NRO. 21.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los cuatro (4) días de setiembre de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada -de conformidad con las disposiciones del Reglamento de División en Salas- por los Sres. vocales doctores **OSCAR E. MASSEI** y **EVALDO D. MOYA**, con la intervención de la Subsecretaria Civil doctora **MARÍA LORENA SPIKERMAN**, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"HERRERA BERNABÉ C/ BARRA ROSALÍA ESTER Y/O QUIENES SE ENCUENTREN DETENTANDO LA POSESIÓN S/ INTERDICTO"** (Expte. N° 60 - Año 2014) del Registro de la Secretaría actuante.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 461/469 la demandada COMUNIDAD MAPUCHE PUEL interpone recurso de casación, contra la sentencia dictada por la entonces Cámara de Apelaciones de todos los fueros de Zapala, obrante a fs. 446/453 vta., que confirma la decisión de Primera Instancia, que hace lugar al interdicto de recobrar promovido por la actora.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta a fs. 472/474 vta. y solicita se rechace el recurso con costas.

A fs. 484/488 vta. dictamina el Fiscal General Subrogante. Propicia se declare la improcedencia del recurso.

A fs. 479/482, por Resolución Interlocutoria N° 15/16 este Cuerpo declara admisible el recurso deducido por la demandada.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES:** 1) ¿Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley incoado? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.



**VOTACIÓN:** Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. **OSCAR E. MASSEI**, dice:

I. Ante todo, considero necesario efectuar una síntesis de los hechos relevantes aquí debatidos:

1. Que a fs. 22/26 vta. se presenta el actor BERNABÉ HERRERA y promueve acción posesoria respecto del inmueble de aproximadamente 14,88 hectáreas, ubicado en la zona identificada como Paraje La Angostura, sobre la costa noreste del lago Aluminé, delimitado al norte por zona de intangibilidad CIP, al este por el lago Aluminé, y al oeste por la denominada reserva Puel.

Sostiene que ejercía la posesión del inmueble en virtud del contrato de concesión celebrado en conjunto con DARIO HAW, con la Corporación Interestadual Pulmarí (CIP), propietaria de las tierras, en el año 1993, con el objeto de promover el desarrollo turístico del lugar y la preservación de los recursos naturales.

Expresa que inicia la acción a fin de recuperar la posesión del lote, con las cabañas y demás bienes y construcciones introducidas en el lugar, hasta el momento en que fue despojado en forma clandestina, de la posesión que en forma pacífica y exclusiva ejercía.

Afirma que detentó la posesión continua, pacífica y exclusiva sobre el inmueble indicado durante más de catorce años. Y que construyó seis cabañas destinadas al alojamiento turístico, identificadas como Cabañas Arroyo grande, y delimitó el perímetro y realizó obras para la mejor utilización del lugar.

Denuncia que el día 18 de julio de 2007, tomó conocimiento que integrantes de la Comunidad Puel se habían introducido en el predio y que previo violentar el candado de la tranquera de acceso y reemplazarlo por otro, introdujeron animales vacunos y equinos, construyeron una vivienda precaria



y comenzaron a ejercer la posesión del predio en forma exclusiva y excluyente.

Aclara que si bien las personas no se habrían introducido en las cabañas, su presencia y de los animales, impide la utilización de las cabañas y del resto del lote.

Dice que radicó denuncia ante el Destacamento de la Policía de Villa Pehuenia, que fue remitida al Juzgado de Instrucción de Zapala y envió carta documento a la CIP, sin obtener respuesta.

Asimismo que efectuó constatación notarial, con intervención del Escribano Público Alberto Zingoni.

A solicitud del Juzgado, aclara que promueve la demanda contra ROSALÍA PUEL y/o quien se encuentre detentando la posesión del inmueble.

Solicita que se ordene la restitución inmediata con carácter cautelar.

**2.** El 30 de octubre de 2008 se dispone como medida cautelar la restitución del inmueble y los bienes muebles existentes en el lugar. Para su efectivización se libra mandamiento.

El 18 de noviembre de 2008 la oficial designada informa que no se lleva a cabo la diligencia a fin de resguardar la integridad física y la vida de las personas involucradas, porque la policía al ingresar encuentra alta resistencia de los ocupantes y presencia de una mujer embarazada.

Librada nueva orden a fin de efectivizar la medida cautelar, el 6 de mayo de 2009, se lleva a cabo la diligencia, con la presencia de un único ocupante que se marcha del lugar y en el momento en que se retiraba del inmueble se producen incidentes con numerosas personas, resultando demoradas una mujer y un menor de edad (fs. 129/130).



A fs. 143 la actora comunica que en forma inmediata, el predio fue nuevamente ocupado y pide mandamiento.

Como respuesta, el juzgado dispone se libre mandamiento de constatación. La diligencia se lleva a cabo el 30 de diciembre de 2009, sin encontrar moradores, pero sí una cabaña de madera, un automóvil, un bote y animales vacunos.

Luego, la actora solicita se libre mandamiento de desalojo y el juzgado rechaza el pedido por no encontrarse acreditado que el lugar hubiere sido nuevamente ocupado por los demandados (fs. 166/vta).

**3.** A fs. 184/185 se presenta la COMUNIDAD PUEL como parte demandada y afirma que es la ocupante tradicional del predio. Peticiona se declare la caducidad de instancia y apela la medida cautelar.

**4.** A fs. 188/192 vta. la COMUNIDAD PUEL contesta demanda y solicita el rechazo de la pretensión del actor.

Niega que el accionante hubiera ejercido pacíficamente la posesión del inmueble. Dice que es cierto que alambró parcialmente y construyó unas cabañas pero que la comunidad nunca dejó de ejercer la posesión tradicional, consistente en el paso, extracción de frutos del suelo y pastaje de animales. Aclara que el tiempo que el actor estuvo en el lugar se caracterizó por el constante uso de la fuerza contra los miembros de la comunidad.

Asimismo, que la Corporación Interestadual Pulmarí sea la propietaria del predio y afirma que corresponde a la comunidad conforme el Art. 75 inc. 17 de la CN, 14 del Convenio 169 OIT, 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 25 y 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

Afirma que la autorización que la Corporación Interestadual Pulmarí le hizo al actor carece de validez por no haberse cumplido con los mecanismos previos de



participación y consulta dispuestos por el Art. 75 inc. 17 CN, 6 del Convenio 169 OIT, 18 Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

Niega que el impedimento de ingreso al predio fuera realizado clandestinamente. Afirma que Herrera estaba al tanto de los actos de ocupación de la Comunidad, de su derecho a la tierra y de los conflictos que ocasionaba su presencia en ese lugar.

Relata que la comunidad ha ejercido siempre la posesión del predio en conflicto, aunque en numerosas ocasiones ha tenido que soportar continuas intromisiones y utilizaron conjuntamente las tierras.

Expresa que a esa situación dió término el 26 de junio de 2007, mediante el impedimento de ingreso, que la actora considera usurpación, pero en realidad puso fin a la permanente turbación por parte de quien carece de derecho a entrometerse en el territorio comunitario.

Afirma que al ejercer el derecho de concluir con la turbación, la comunidad no ha hecho más que ejercer la legítima defensa de su posesión y su cultura, ejercicio que se encuentra avalado por el Art. 2470 del Código Civil.

Manifiesta que los actos de Herrera en las tierras de la comunidad no implicaron ejercicio de la posesión, porque no resultaba aplicable el Código Civil sino las normas protectoras de los derechos indígenas y porque la comunidad continuó utilizando el predio, ingresando por lugares sin alambrado, o con el alambrado caído, y también por el arroyo o la ribera, para pastaje de animales invernada, como lo hacía desde tiempos ancestrales; la zona de la ribera, para la recolección de frutos y medicinas tradicionales, paseos, recreación y juegos con las familias y los niños, en el mes de diciembre para actividades de marcación y señalada, antes de los arreos para las veranadas.



Afirma que esas actividades de relación y uso de la tierra constituyen "posesión tradicional indígena" protegida por la Constitución, los tratados internacionales y la ley 26.160.

Explica que esa posesión, no tiene las mismas características que el instituto que con el mismo nombre aparece regulado en el Código Civil.

Y que la protección de que gozan se extiende a las tierras que los pueblos indígenas "ocupan o utilizan de alguna manera" incluyendo las tierras no ocupadas exclusivamente pero a las que han "tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y subsistencia" (Arts. 13.1 y 14.1 del Convenio 169 OIT).

Invoca el art. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional en cuanto señala: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos", lo que considera un cambio de paradigma que opera como un eje sobre el cual giran los demás derechos colectivos indígenas.

Alega que el texto constitucional reconoce el derecho de los pueblos indígenas a "la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan" y en el mismo sentido el Convenio 169 OIT, quedando claro que la posesión a la que se refiere no remite al concepto establecido en el Código Civil, sino que debe ser interpretado conforme la cultura indígena, de acuerdo a los usos y costumbre indígenas para regular sus propias instituciones (Arts. 4.1<sup>a</sup>, 5b, 7.1, 8.1, 8.2 y 13.1 entre otros).

Luego, afirma que la superposición de diferentes criterios legales de ocupación sobre una misma tierra (los del derecho indígena y del derecho civil), puede generar conflictos como el de este caso, por eso el estado argentino dictó la ley 26.160, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país por el



termino de cuatro años, razón por la cual su Art. 2 suspende por ese plazo la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo anterior. Y señala que la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.

Explica que el plazo de la emergencia, se ha establecido con el fin de que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas realice el relevamiento técnico catastral de las tierras y de ese modo cumplir, con las obligaciones impuestas en el convenio de la OIT, cuyo Art. 14 impone a los estados el reconocimiento de los derechos de posesión y propiedad, la determinación de las tierras sobre las que tales derechos garantizan y la solución a los problemas de reivindicación.

Dice que dicha ley ha sido reglamentada por el Decreto 1122/07 y la resolución 587/07 del INAI, organismo que ha creado el Programa Nacional de relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas -Ejecución de la Ley N°26.160. Y en el ámbito provincial, la Resolución N° 340/08 del Ministerio de Gobierno Educación y Cultura, estableció la "Unidad Técnica Provincial de Relevamiento técnico-jurídico catastral de Comunidades Indígenas de la provincia de Neuquén, que tiene la misión de demarcar y mensurar el territorio que actualmente ocupan las comunidades indígenas.

Reitera que conforme el citado Art. 2 de la Ley N° 26.160 el proceso debe suspenderse, resultando la norma de orden público.

Opone defensa de prescripción, por haberse cumplido el plazo de un año establecido en el Art. 4038 del Código Civil, ya que el actor fue excluido de ingresar al predio el día 26 de junio de 2007, hecho del cual tuvo noticia inmediatamente.



5. A fs. 196 y 200 contestan demanda ROSALÍA BARRA y SUSANA PUEL, adhiriendo a la contestación de la Comunidad Mapuche Puel.

6. A fs. 233 la actora desiste de la demanda respecto de ARTURO BARRA, ARIEL PUEL y DARIO PUEL.

7. A fs. 396/404 dicta sentencia la Jueza de Primera Instancia, rechaza la excepción de prescripción y hace lugar al interdicto de recobrar, condenando a los demandados a restituir al actor la posesión del inmueble de aproximadamente 14, 88 hectáreas.

En primer lugar, rechaza la defensa de prescripción, por considerar que el actor al radicar la denuncia penal el 18 de julio de 2007 afirma que se enteró aproximadamente una semana atrás que integrantes de la comunidad Puel habrían tomado su lote, y que la demanda se promovió el 10 de julio de 2008.

Luego dice que la presencia del actor en el inmueble, es un hecho que viene admitido por la demandada, que reconoció la posesión del accionante, aunque negó que ésta hubiera sido pacífica, en virtud de la presencia permanente en el mismo predio de la Comunidad Puel.

Asimismo señala que la accionada admite que ha impedido el ingreso del actor y que la entrada y permanencia de los demandados se produjo sin consentimiento y en ausencia de Herrera, concluye que se ha acreditado la clandestinidad en el despojo.

Finalmente, respecto de la invocación efectuada por los demandados respecto de las disposiciones del Convenio 169 OIT (Ley 24.071) considera que debe ser interpretada de acuerdo a los derechos y garantías consagrados en la CN y en el caso entiende que la Comunidad no ha probado la posesión ancestral.

Entiende que no resulta aplicable a la situación la Ley 26.160.





Considera reunidos los requisitos que hacen a la procedencia de la acción y hace lugar a la demanda en todas sus partes.

**8.** La accionada apela a fs. 409, y expresa agravios a fs. 414/421 vta., que son replicados por la contraria a fs. 423/425 vta.

**9.** A fs. 446/453 vta. la Cámara de Apelaciones dicta sentencia confirmando el decisorio dictado en la Primera Instancia.

Considera acreditada la posesión o tenencia del actor al momento del despojo en el marco de la concesión otorgada a Herrera y Haw.

Además, estima que el despojo se produjo con violencia o clandestinidad, en virtud de los dichos de la accionada en su responde en cuanto a que el 26 de junio de 2007 dió término a la situación, mediante el impedimento de ingreso y las actas de constatación, de las que se desprende que se construyó una casilla y se cambió el candado.

Respecto a la omisión de tratamiento de la normativa que ampara los derechos de los pueblos indígenas, que agravia a la recurrente, sostiene que en autos no se discute el derecho a poseer, sino cuestiones de hecho que atentan contra la paz social, y que el interdicto pretende recomponer la situación volviendo las cosas al estado anterior al despojo, debiendo discutirse por otra vía los derechos a la propiedad o poseer, circunscribiéndose el presente a resolver si la situación de autos, resulta encuadrable en la norma de aplicación, es decir el Art. 614 ritual.

**10.** A fs. 461/469 la accionada deduce recurso de casación y conferido traslado a la contraria, contesta a fs. 472/474, solicitando se declare inadmisibile.

**11.** A fs. 479/482 se declara admisible mediante Resolución Interlocutoria N° 15/16 el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley interpuesto.



12. A fs. 484/488 vta. dictamina el Fiscal General Subrogante, postulando se declare la improcedencia.

II. a) Que la apertura de la instancia extraordinaria tuvo lugar porque el debate gira en torno a derechos de rango constitucional vinculados al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios argentinos y el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Y ello en tanto se consideró *prima facie* suficientemente fundado el agravio expresado por la quejosa por violación del Art. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional; Arts. 5.1, 8.1 y 13 y 14 del Convenio 169 OIT y Ley 26.160; Art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 5, d. v. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En este contexto, cabe recordar que la Ley 26.160, sancionada el 1 de noviembre del año 2006, declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país por el término de 4 años (Art. 1).

Se trata de una norma de orden público (Art. 6) y fue prorrogada por las leyes 26.554 y 26.894 hasta el 23 de noviembre de 2017.

En su Art. 2 suspende por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, cuando la posesión sea actual, tradicional, pública y se encuentre fehacientemente acreditada.

Dispone que durante los tres primeros años de la emergencia, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades



indígenas y promoverá las acciones que fuere menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales.

De ese modo la ley sancionada por el Congreso de la Nación, se propone dar efectividad a lo establecido por la Constitución Nacional en el Art. 75 Inc. 17, que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Y también, cumplir el compromiso asumido por el Estado Argentino a partir del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (adoptado en 1989 y aprobado por nuestro país por Ley 24.071 en 1992) de respetar la relación de los pueblos indígenas con las tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular con los aspectos colectivos de esa relación, conceptualizando como tierras la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. (Art. 13).

La norma dispone también:

"Artículo 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.



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

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

En consonancia con la norma fundamental nacional, la Constitución de la Provincia de Neuquén, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincracia provincial y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. (Art. 53).

En la misma línea se inscribe el Código Civil y Comercial, que en su Art. 18 introduce el derecho de las comunidades indígenas reconocidas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

A partir de la normativa reseñada se incorpora a nuestro ordenamiento, el concepto jurídico de propiedad comunitaria y ocupación tradicional.

Finalmente, cabe tener presente en este análisis, la directriz establecida en el Art. 8, Inc. 1. Del Convenio 169 OIT (Ley 24.071) y es que: "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario."

Es oportuno recordar que este Tribunal ha sentado un criterio interpretativo y de aplicación respecto del Art. 75 Inc. 17 de la CN y el Convenio 169 OIT, al resolver en autos: "COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES c/ CORPORACION MINERA DEL NEUQUÉN S.A s/ Acción Procesal Administrativa":

"[...] En lo que permite este estadio cognoscitivo, es claro que se reclama un reconocimiento efectivo de derechos



que no forman parte de un catálogo de buenas intenciones sino que actualmente cuentan con instrumentos normativos que obligan a su respeto y protección. Este respeto y protección exige de parte del Poder Judicial, el uso de los instrumentos jurídicos existentes para evitar que sean vulnerados cuando se presenta un caso concreto (cfr. "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional", Tomo II. Derechos, Roberto Gargarella (Coordinador), Abeledo Perrot, pág. 912).[...]

[...]No puede desconocerse que las decisiones judiciales acordes con los instrumentos internacionales, posiblemente contribuyan a reducir la distancia entre la dimensión normativa y la dimensión fáctica que ha quedado patentizada en estos autos.

[...]En este punto, no puede soslayarse que la recepción en los instrumentos normativos tanto nacionales como internacionales del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, imponen una adecuada interpretación y justifican una atención particular. Y en dicho contexto, la formulación contenida en esos instrumentos logra impactar en forma directa en lo que resulta materia del presente conflicto: El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por Ley 24.071, que protege el derecho a la existencia colectiva, a la identidad cultural, a la propia institucionalidad y el derecho a la participación.

[...] También la Constitución Nacional al reconocer la identidad de los pueblos originarios y la propiedad colectiva de las tierras que tradicionalmente habitan (art. 75 inc. 17) y, principalmente, la Constitución Provincial que en el artículo 53 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial; la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, disponiendo que no serán enajenables, ni transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos, asegurando su



participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten. Establece asimismo, que la Provincia promoverá acciones positivas a su favor.

Desde tan fuertes directrices, es que el Poder Judicial, actuando en consecuencia, debe proporcionar las medidas necesarias que, en protección a esos derechos, actúen como marco de garantía frente a la posibilidad de su lesión.[...]” (R.I. N°6941/09 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

**II. b)** Reseñadas que han sido las leyes y normas de carácter constitucional aplicables al presente, cabe analizar las cuestiones fácticas que surgen de las actuaciones y que permitirán determinar si en la sentencia dictada por la Cámara se evidencia o no la infracción esgrimida.

Concretamente, se debe dilucidar si corresponde la aplicación de la Ley 26.160, dictada por el estado argentino en cumplimiento del Art. 75 Inc. 17 CN y de los compromisos asumidos en el Convenio 169 OIT (Ley 24.071) o si por el contrario, la norma no resulta aplicable tal como lo resolvió la Alzada, argumentando que no se encuentra en juego el dominio de las tierras en cuestión ni el derecho a poseer, sino si la situación es encuadrable en la norma del Art. 614 del C.P.C. y C.

Como se dijo, la ley suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo de las tierras que ocupan las comunidades indígenas originarias del país y establece que la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.

Cabe entonces analizar si se verifican en el presente, los presupuestos para su aplicación.

En ese sentido, no cabe duda que la pretensión del actor que tramita en autos tiene por objeto el desalojo, y



que la Comunidad Mapuche Puel es una comunidad indígena originaria que cuenta con personería jurídica (fs. 181/182).

Resta determinar si el desalojo que se solicita corresponde a tierras ocupadas tradicionalmente por la comunidad indígena demandada y en su caso, que esa posesión sea actual y pública.

En esa tarea se advierte que no es clara la situación del inmueble cuya posesión reclama el actor, del que solo se conoce fehacientemente (por falta de prueba) que se sitúa en la zona conocida como La Angostura de los lagos Moquehue y Aluminé, sin que sea precisa su ubicación ni dimensiones.

Y ello porque el actor en su escrito inicial se refiere a un inmueble de 14,88 hectáreas, "ubicado en la zona identificada como paraje La Angostura, sobre la costa noreste del lago Aluminé, delimitando al norte por zona de intagibilidad CIP, al este por el lago Aluminé y al oeste por la denominada reserva Puel, correspondiente a la comunidad del mismo nombre" (fs. 22), empero la prueba que acompaña no avala tales dimensiones.

En efecto: a) copia de un contrato de concesión de un predio de **5 hectáreas** (Art. 1) para la explotación de un complejo eco-turístico denominado "Arroyo Grande", otorgado por la Corporación Interestadual Pulmarí el 17/8/93 y b) un plano de **14,6535,98 hectáreas**, sin firma ni sello, que dice "mayo 1999".

Luego, ya en la etapa probatoria, se incorpora informe remitido por la Corporación Interestadual Pulmarí, del que resulta que mediante contrato de fecha 10/11/99 se dejan sin efecto los arts. 1, 2, 3 y 11 del contrato de concesión del 17/8/93 y se acuerda que el inmueble se individualiza en el anexo A, empero este último documento no se acompaña. Tampoco obra agregado en el informe presentado por el organismo en el expediente "Barra, Rosalía Ester s/ usurpación



por despojo" (Expte. 34612/17), que tramitó por ante el Juzgado Correccional N° 1 de Zapala) y ha sido agregado como prueba documental.

En definitiva, el actor demanda se le restituya la posesión de un inmueble que no individualiza de manera concreta en su ubicación ni dimensiones. Al mismo tiempo que reconoce la existencia de un predio de la Comunidad Mapuche Puel en la zona de Angostura, al señalarlo como lindero.

Por lo demás, la ocupación de tierras por parte de la Comunidad Mapuche Puel en la ribera del lago Aluminé en la Angostura, surge de la prueba reunida en autos, aunque tampoco se puedan señalar sus límites, ya que se encuentra pendiente el relevamiento técnico-jurídico-catastral tendiente a la determinación de las tierras de las comunidades indígenas de nuestra provincia. Justamente, ese es el motivo de la emergencia y la suspensión dispuesta por la Ley 26.160.

En efecto, el informe del Instituto Nacional Indígena (INAI), autoridad de aplicación de la Ley 26.160 (conf. Dec. 1122/07 Art. 2) de fecha 3/8/11 da cuenta de que a esa fecha no se había dado principio de ejecución al relevamiento territorial ordenado por el Art. 3° de la referida ley en las comunidades asentadas en la provincia del Neuquén, siendo la Comunidad Mapuche Puel beneficiaria del relevamiento mencionado.

En el caso de dicha Comunidad, los testimonios dan cuenta de que es pública la ocupación de territorios en la zona de La Angostura de los lagos Moquehue y Aluminé. Asimismo que han tenido tradicionalmente acceso a las tierras ubicadas en la ribera del lago Aluminé, para actividades de invernada, propia de la cría de ganado en la región, señalada y marcación previa a la veranada y otras tales como recolección de frutos del suelo.

Así lo expresan quienes declararon en autos:





Tal el caso, del testigo Salazar, que sostiene que el sector de invernada de la Comunidad Puel es sobre la costa del lago Aluminé, que lo ocupan desde antes que exista la Villa y la Corporación Pulmarí. Dice que se lo contaba su padre cuando era niño y luego lo vió por sí mismo. Expresa "que toda la historia lo utilizó como sector de invernada, le consta porque primero conoce el lugar y por la alameda que señaló y por algunos puestos que están cerca del lugar, corrales y a pocos metros del lugar también hay un cementerio de la comunidad.." También dice que es el lugar en que se busca la medicina ancestral mapuche y la pastura de invernada de los animales (fs. 254/255 vta).

La testigo Huilipan sostiene: "siempre la familia de Juanita Puel lo utilizó como lugar de hábitat, así se crió Juanita Puel. En el mismo lugar también ella crió sus hijos y los hijos con los nietos de Juanita han desarrollado toda la actividad cultural, productiva, filosófica en ese lugar. Por ser lugar de invernada allí bajan los animales en época invernal. En verano realizan cosecha de frutos del campo para hacer dulces, trabajan la madera, lo que arrastra el lago hacia la orilla y que utilizan para hacer artesanías." Agrega además que se realizan encuentros de jóvenes, experiencias de administración del camping, trabajan el turismo, que se ha señalado el lugar con nombres en idioma mapuche y también se utiliza el predio para sacar leña (fs. 348/349)

Luego el testigo Nahuel Florentino Arsenio, al ser preguntado por la ubicación de la invernada de la Comunidad Puel, contesta que es la zona de la costa del lago donde desemboca el arroyo Futa Co, que significa en mapuche Arroyo Grande, que es la margen oeste del lago Aluminé, todo lo que es la parte de la costa la comunidad lo utilizó históricamente como lugar de invernada.

Dice que hay un puesto de invernada que conoció, que es histórico, donde está la alameda como así también el



corral y el cementerio. Y agrega: "que el arroyo que indicó, Futa Co- Arroyo Grande, se usa como ingreso para la invernada, tiene que ver con una cuestión filosófica porque para la entrada en el invierno se le pide permiso a la mapu..." (fs. 256/257).

El testigo Bianchi, dice conocer a ambas partes y al predio que reclama el actor, contesta: "es la parte donde tiene el terreno el Sr. Herrera en Villa Pehuenia, lo sabe porque tiene amistad con los chicos que tenían una casita ahí, hasta que la quemó la policía...". Dice que los hijos de Rosalía y sus sobrinos utilizan el predio como invernada, que ha visto animales, chivos y vacas (fs. 268/vta.)

Por su parte el Presidente de la Confederación Mapuche Neuquina, Elías Maripan remite informe que expresa: "Durante el verano el pastoreo se realiza en las tierras altas que en invierno se nutren de la nieve y el agua. La invernada es en tierras bajas, sobre todo en las orillas del lago Aluminé, que es donde la tierra provee buenos pastos para los animales que cuidamos en conjunto y están protegidas de las inclemencia del duro invierno de esta zona generadora de enormes mortandades, empobrecimiento de la comunidad que no posee el cobijo, como la comunidad Puel, tienen el espacio invadido por Herrera... El espacio que reclama el Sr. Herrera se encuentra dentro de esas tierras de pastoreo de invernada y es utilizado de ese modo todos los años, una vez que los animales se traen de la veranada desde tiempo inmemorial".

A su vez el informe remitido por la Comisaria 47°de Villa Pehuenia da cuenta de la confusa situación existente, cuando describe el lugar donde debía llevar a cabo la diligencia de puesta en posesión cautelar del Sr. Herrera: "-este camino forma parte de las tierras que posee la comunidad mapuche Puel en el sector y miembros de esta etnia son los que están llevando adelante la toma de este lugar,



existe una barrera con una casilla que es regentada por estos ciudadanos...”

Y al referirse a los inconvenientes del lugar geográfico, agrega: “Esto se debe primordialmente a que como el procedimiento debe ser llevado adelante en tierras de la comunidad mapuche, se producirá indefectiblemente un bloqueo al camino de acceso...” (fs. 60).

Los conflictos surgidos a partir de la presencia del Sr. Herrera y la Comunidad Puel en la zona de Angostura, son reconocidos por ambas partes y por la totalidad de los testigos que declararon en autos.

Si bien, el actor afirma en su escrito inicial que ha ejercido la posesión en forma pacífica y exclusiva, ello se contradice con la totalidad de la prueba obrante en autos, que da cuenta de conflictos desde el comienzo de su presencia en la zona en cuestión.

Incluso, el propio Herrera, en la carta documento que el 8/8/07 remite a la Corporación Interestadual Pulmarí, con motivo del despojo que alega, señala: “que continúan los conflictos e inconvenientes con la Agrupación Mapuche Puel, los que como Uds., bien saben, se han venido suscitando a lo largo del desarrollo del referido contrato” (documental acompañada junto con el escrito de demanda a fs. 10).

También el contrato complementario del 23/03/99 suscripto entre los Sres. Herrera-Haw y la Corporación Interestadual Pulmarí, hace referencia a incidentes con integrantes de la Comunidad Mapuche Puel. (fs. 377).

En igual sentido, el Gerente de la Corporación Interestadual Pulmarí, Fernando López Espinosa, cuando se le pregunta si existieron reclamos sobre las tierras entregadas por la corporación a Herrera y Haw: “recuerda que existe documentación de reclamo territorial por la familia Barra o la Comunidad Puel”. (fs. 383/384 vta.)



Luego, del análisis hasta aquí efectuado, se colige que el inmueble cuya posesión reclama el actor, no se encuentra individualizado en su ubicación y dimensiones.

Tampoco está determinado el territorio correspondiente a la Comunidad Mapuche Puel, por cuanto se encuentra pendiente de ejecución el relevamiento técnico-jurídico-catastral ordenado por la Ley 26.160.

Asimismo, surge del examen del material probatorio reunido -con las limitaciones señaladas precedentemente y dentro de este marco cognocitivo-, que los integrantes de la Comunidad Mapuche Puel han tenido tradicionalmente acceso a las tierras ubicadas en la ribera del lago Aluminé en la zona de La Angostura de los Lagos Moquehue y Aluminé, así como la utilización del lugar, con actividades tradicionales y de subsistencia, en especial relacionadas a la ganadería (invernada) y recolección de frutos.

Y que además tal ocupación es obviamente actual, con las características propias de las referidas actividades estacionales (régimen de veranada e invernada) y pública, pues es reconocida por todos los declarantes.

Entiendo que la situación planteada, es justamente de aquellas que motivaron la emergencia dispuesta por la Ley 26.160.

Y es así, porque es preciso primero esclarecer la situación territorial de las comunidades indígenas -Comunidad Mapuche Puel en el presente caso- para poder hacer efectivo el reconocimiento de la propiedad comunitaria y dar cumplimiento con el Art. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional.

En efecto, a partir del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, se vuelve imprescindible determinar concretamente cuáles son las referidas tierras y



ello es lo que la mentada ley se propone al ordenar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas, y mientras tanto, suspender la ejecución de sentencias y actos judiciales cuyo objeto sea el desalojo o la desocupación de las tierras en cuestión.

Cabe señalar que para analizar la ocupación tradicional, deben considerarse las directrices establecidas en el capítulo del Convenio 169 OIT Ley 24.071, que en su Art. 13 establece que se deberán respetar la importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Y que deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia, debiendo atenderse especialmente a los pueblos nómades y agricultores itinerantes (Art. 14.1 Convenio 169 OIT- Ley 24.071).

En consecuencia, dentro del breve marco de este proceso, con los elementos obrantes en la causa, se verifican cumplidos los presupuestos de aplicación de la Ley 26.160, que ordena la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

Respecto de la aplicación de la Ley 26.160, nuestro Máximo Tribunal Nacional, en un caso que guarda similitud con el presente y que tramitó ante el Superior Tribunal de Rio Negro, dijo:

"[...] En este orden de ideas, cuando -como en el presente caso- existen elementos que revelan con un grado



de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente.

Ello es justamente lo que pretende evitar la Ley 26.160, que fue dictada por el Congreso de la Nación para respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en consonancia con los compromisos internacionales del Estado. Bajo esas premisas el desalojo del grupo familiar Palma y de otros integrantes de la comunidad impediría el acceso pleno al territorio indígena y a los recursos naturales, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan. En suma, el derecho de repeler el desalojo cautelar invocado por los demandados encuentra sustento en el derecho federal invocado, sin perjuicio de lo que se decida oportunamente respecto del fondo del pleito.”( CSJ 466/2013 (49-M)- “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ medida cautelar s/ casación” dictamen de la Procuración General de la Nación cuyos fundamentos la CSJN hace suyos en la sentencia mencionada).

En estas condiciones, la sentencia que ordena a la Comunidad Mapuche Puel, la restitución del inmueble al actor, infringe la Ley 26.160 que suspendió la ejecución de sentencias y actos procesales cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas (Art. 2), durante el plazo de la emergencia declarada en el Art. 1, y conforme las prórrogas dispuestas mediante las Leyes 26.554 y 26.894.



Que en consecuencia, y dado que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara (cfr. FALLOS: 314:1018; 315:1256), resulta procedente el recurso casatorio, al haber infringido la Cámara de Apelaciones la Ley 26.160, Arts. 1 y 2, por lo que corresponde CASAR el pronunciamiento dictado a fs. 446/453 vta. (Art. 15, Inc. b) y 17 Ley 1.406).

**II. c).** A tenor de lo prescripto por el Art. 17° inciso c) de la Ley 1.406, corresponde recomponer el litigio, y en virtud de que el fallo casado es confirmatorio del dictado por la *A quo*, por los mismos fundamentos, infracción a la Ley 26.160, Arts. 1 y 2, corresponde hacer lo propio con el decisorio dictado en Primera Instancia, y mediante el acogimiento de la apelación deducida a fs. 409 y agravios expresados a fs. 414/421, revocar la sentencia dictada a fs. 396/404. Disponer la suspensión del trámite durante el período de vigencia de la emergencia declarada por la Ley 26.160, con las prórrogas dispuestas mediante las Leyes 26.554 y 26.894.

**III.** Con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se impongan las costas de todas las instancias -por la cuestión traída en casación- a cargo de la actora (Arts. 68° del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). **MI VOTO.**

El señor vocal doctor **EVALDO D. MOYA**, dice:

1. Que comparto la solución final a la que arriba el Sr. Vocal que me precede en el orden de votación, adhiriendo a ella y a los fundamentos que la sustentan, en atención a las consideraciones que paso a exponer.

Resulta importante destacar que mediante la Ley N° 26.160, norma de orden público, el Legislador ordenó suspender la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación sobre aquellos lugares que las comunidades indígenas han habitado de generación en generación en forma pacífica, tradicional, ancestral y actual. Ello, a fin de conocer la situación



dominial de las tierras ocupadas, mediante el relevamiento territorial que también allí se dispuso.

Al mismo tiempo señalar, que en el debate parlamentario de la citada ley, del que da cuenta la versión taquigráfica de la 19° Reunión -17° Sesión ordinaria- de la Cámara de Senadores de la Nación del 16 de agosto de 2006, se apunta que no es una norma para justificar usurpaciones de campos (cfr. intervención de la señora Senadora Escudero).

Por ello, es preciso enfatizar que la normativa bajo examen en modo alguno autoriza las vías de hecho sino que se erige como garantía frente a la pretensión de desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades.

En definitiva, que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios argentinos y el reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de esas tierras, no importa legitimar el uso de vías de hecho.

2. Sentado el marco expuesto, considero que la temática que nos convoca debe ser aplicada analizando cada caso particular traído a conocimiento, dada la naturaleza predominantemente fáctica del tópico discutido.

En efecto, el conflicto aquí puesto de manifiesto finca en que la pretensión de uso exclusivo del predio reclamada por el actor importa un desconocimiento del espacio en que la Comunidad accionada desarrolla la invernada, paso, extracción de frutos del suelo, pastaje de animales, etc., y que instruye el plexo probatorio examinado por el Vocal preopinante.

La prueba producida también da cuenta de que no se ha realizado en el área motivo de este litigio el relevamiento territorial dispuesto en la norma nacional bajo examen (fs. 322/325).





Tampoco resulta ocioso ponderar el tiempo transcurrido desde la denuncia formulada por el accionante.

Por lo demás, mal puede entenderse que en autos se ha resuelto el fondo del debate propuesto. Esto es, el derecho a poseer sobre el predio en cuestión. Por ello, resulta posible afirmar que la suspensión dispuesta no impide, en modo alguno, su reedición, una vez realizado y cumplidos los efectos de la Ley Nro. 26.160.

3. Luego y, examinadas las constancias obrantes en autos, se advierte que la solución propuesta por el Vocal preopinante es la que mejor concilia los intereses aquí comprometidos.

De conformidad con lo expuesto, comparto los argumentos y la decisión propuesta por el Dr. OSCAR E. MASSEI en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el señor Fiscal General subrogante, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1º) Declarar **PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la demandada a fs. 461/469, contra la sentencia dictada por la por entonces Cámara de Apelaciones en todos los Fueros de Zapala, obrante a fs. 446/453 vta., **CASANDO** dicho fallo en virtud de la causal invocada y sobre la base de las razones vertidas en los considerandos del presente. 2º) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17º, inc. c), del ritual casatorio, **RECOMPONER** el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación interpuesto por la demandada, **REVOCANDO** la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 396/404. **DISPONER** la suspensión del trámite de las actuaciones mientras dure la emergencia declarada por Ley 26.160 y sus prórrogas. 3º) **IMPONER** las costas de todas las instancias -por la cuestión traída en casación- a cargo de la actora (Arts. 68º del C.P.C.y C. y 12º de la Ley 1.406). 4º) **DIFERIR** la



regulación de honorarios para su oportunidad (Art. 15º, L.A.).

**6º)** Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación, firman los Sres. Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

**Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. Oscar E. Massei**  
Dra. MARIA LORENA SPIKERMAN - Subsecretaria