ACUERDO NRO. 18. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días de junio de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores **RICARDO T. KOHON y EVALDO D.MOYA**, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO C/ ABARZÚA RODOLFO Y OTROS S/ DESALOJO" (Expte. N° 342309 - año 2006)**.

ANTECEDENTES:

A fs. 1016/1047 los demandados JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR, JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y CÉSAR RELMO deducen recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala III, obrante a fs. 1006/1011 vta., que revoca la decisión de Primera Instancia de fs. 921/926 vta., que rechazó la acción de desalojo, y en consecuencia hace lugar a la demanda interpuesta por la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko condenando los demandados y/o ocupantes a desalojar el inmueble en forma progresiva dentro del plazo de 4 años desde que la sentencia quede firme.

Corrido el traslado de ley, la contraria no lo contesta.

A fs.1054/1059 vta. dictamina el Sr. Defensor General, en representación de los niños de apellido Abarzúa y solicita se case la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, dejándose sin efecto el desalojo dispuesto.

A fs. 1061/1066 interviene el Sr. Fiscal General y propicia se declare la admisibilidad del recurso.

A fs. 1068/1072, por Resolución Interlocutoria N° 134/16 este Cuerpo admite el remedio deducido por la parte demandada.

A fs. 1075/1079 vta. se expide nuevamente el Sr. Fiscal General en favor de que se declare procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado.

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 Nulidad Extraordinario? En caso negativo, ¿resulta procedente el recurso de 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. **RICARDO T.KOHON,** dice:

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

1. Que a fs. 6/7vta. se presenta la actora COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO, mediante apoderado, promoviendo demanda de desalojo respecto del inmueble identificado como lote oficial 25-B-I, sito en Senillosa, Provincia de Neuquén, contra los Sres. RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR, JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y RELMU CÉSAR y/o quienes resulten ocupantes irregulares.

Refiere que es legítima ocupante de parte del lote mencionado, y cuenta con permiso de ocupación entregado por la Dirección de Tierras de la Provincia del Neuquén.

Aduce que contra su voluntad, las demandadas ocupan parte del predio. Solicita mandamiento de constatación a efectos de identificar a las personas que efectivamente ocupan el lote y para que invoquen el título por el cual ejercen dicha ocupación.

2. Dispuesta la medida por el Juzgado, a fs. 13 obra diligencia de constatación que lleva a cabo la Oficial de Justicia Margarita Valdés, que dice que la parcela es ocupada

por María Celestina Antiñir, su esposo José Rodolfo Abarzúa y sus hijos Julio, Andrea, Yamila, Brisa, Ana Belén y Facundo, todos de apellido Abarzúa.

Manifiestan que ocupan el lote en virtud de un permiso de ocupación precaria que acuerdan entre la Lonco Teófila Antiñir y el matrimonio Abarzúa, como integrantes de la comunidad.

Así, concretamente se demanda a MARÍA CELESTINA ANTIÑIR, JOSÉ RODOLFO ABARZÚA y a RUBÉN, JULIO, ANDREA, YAMIL, BRISA, ANA BELÉN y FACUNDO, todos de apellido ABARZÚA.

Luego a fs. 132/134 se dejó sin efecto el traslado de la demanda y declaración de rebeldía de los menores de edad, cesando su carácter de demandados.

3. Corrido el traslado pertinente, a fs. 87/97 se presentan y contestan mediante apoderada: JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, JULIO RODOLFO ABARZÚA y a través de gestora procesal MARÍA CELESTINA ANTIÑIR.

Niegan los hechos relatados por la actora.

Relatan que José Rodolfo Abarzúa en el mes de febrero de 2003 ingresó juntamente con su esposa María Celestina Antiñir y sus hijos en el predio de la Comunidad Ragiñ Ko en razón de haber sido convocado por la Lonco Teófila Antiñir, quien es tía de María Celestina.

Señalan que fueron convocados para habitar el predio, formar parte de la comunidad y trabajar la tierra, razón por la cual dejaron la casa que habitaban en la ciudad de Neuquén.

Acotan que antes de ingresar, formalizaron una exposición policial junto a un representante de la comunidad.

Expresan que sin ninguna razón, al ver que la familia Abarzúa ponía mucho empeño en las tareas agrícolas, sembrando, cosechando y criando animales, la Lonco y su hijo mostraron descontento.

Manifiestan que reciben un radiotelegrama en octubre de 2006, remitido a través de la Policía local, por la Dirección de Tierras, que los intimaba a desalojar.

Sostienen que se enteraron que esta maniobra ya había sucedido con otros familiares, que ingresaron a la comunidad y cuando construyeron sus viviendas los echaron en forma violenta y le quemaron las casas, por lo que denunciaron la situación en la Dirección de Personas Jurídicas y la Defensoría del Pueblo por discriminación.

Señalan que pertenecen a la raza mapuche, son asociados a la comunidad y ejercen la tenencia pacífica de aproximadamente un 3% de la totalidad de la tierra asignada a la Comunidad que integran.

Denuncian que su familia ha resultado discriminada, y que a pesar de ser María Celestina Antiñir esposa de Abarzúa y madre de los siete hijos en común con José Rodolfo Abarzúa, se les impedía ingresar a las reuniones de la comunidad por ser blancos, razón por la cual la Defensoría del Pueblo remitió denuncia al INADI.

Aducen que la asociación Ragiñ Ko no funciona en forma regular, que tiene los mandatos vencidos, no han cumplimentado las formalidades legales en las últimas convocatorias, no han aprobado sus estados contables y que es ilegítimo e insuficiente el título que invoca en la presente acción, esto es un permiso de ocupación precaria, por lo que –afirman- es cuestionable su legitimación activa en el proceso.

Manifiestan que para expulsar a un miembro, primero se deben justificar las causales de expulsión en debida forma, notificar y permitir el ejercicio del derecho de defensa en asamblea, luego de lo cual recién se puede tomar una decisión como la de desalojar a un integrantes de la comunidad y en el caso nada de eso se ha cumplido.

4. A fs. 206 se abre la causa a prueba.

5. A fs. 213/vta. se corre traslado de la acción a los restantes ocupantes constatados en el mandamiento inicial, quienes se presentan en autos a fs.248/260, plantean caducidad de instancia y contestan demanda en términos similares a los otros demandados.

El planteo de caducidad es sustanciado y resulta rechazado por el Juzgado de origen.

6. A fs. 921/926 vta. obra sentencia dictada por la Jueza de grado, que rechaza la demanda de desalojo deducida por la actora.

Considera que surge de autos que la ocupación principió por pertenecer a la comunidad mapuche y que tal es el título de ocupación.

Asimismo que los demandados alegaron que siendo miembros de la comunidad no fueron excluidos, por lo que resulta improcedente utilizar una acción de desalojo para excluirlos sin antes haber discutido y resuelto si era válida o no su originaria inclusión como integrantes de la comunidad mapuche que les dió el título para ocupar el predio o su exclusión. En síntesis, entiende que el título que justificó la ocupación no puede analizarse por esa acción sumaria.

Destaca que el examen de si se produjo o no la exclusión o expulsión de los demandados de la comunidad mapuche es cuestión ajena a la acción de desalojo, la que solo puede resolver respecto de si existe la obligación de restituir el bien.

Sostiene que la propiedad reconocida a los pueblos originarios de nuestro país importa un derecho de fondo de naturaleza constitucional, que puesto en juego por ambas partes de esta contienda al alegar su condición de mapuches, conduce a una solución del caso que va mucho más allá de una simple acción de desalojo como la presente.

Destaca que el ingreso de los demandados al predio no se produjo por la fuerza, ni por alguna actuación

ilegitima, sino por su incorporación como mapuches a la comunidad a la cual se otorgó la tierra a fin de ser aprovechada en los términos constitucionales.

Concluye que en la acción de desalojo se decide si la demandada tiene obligación legal de restituir el bien y en ella no puede resolverse si el título de la ocupación alegado es legítimo y vigente respecto de los demandados, por lo que rechaza la demanda.

7. La actora se disconforma con el fallo, apela a fs. 932 y expresa agravios a fs. 946/950. Denuncia como hecho nuevo que los demandados incurrieron en actos de violencia y que se incorporaron otros ocupantes al predio, por lo que solicita mandamiento de constatación y se fije audiencia con todos los miembros de la comunidad actora para que puedan explicar la situación. Acompaña acta de una reunión celebrada por integrantes de la comunidad actora.

8. Conferido el traslado a la parte demandada, del hecho nuevo y los agravios expresados, contesta a fs. 956/959.

9. A fs. 966, 967, 978, 985, 993 se celebran audiencias de partes, e inspección del lugar a fs. 988.

10. A fs. 996/997 la actora acompaña acta de reunión de la comunidad con una propuesta de desocupación progresiva. Conferido traslado a la contraria, contesta a fs. 1003 y solicita se dicte sentencia.

11. A fs. 1006/1011vta. la Cámara de Apelaciones emite pronunciamiento. Revoca el decisorio de Primera Instancia y hace lugar a la acción de desalojo, condenando a los demandados a que en el plazo establecido en los considerandos, desalojen el inmueble identificado en la demanda (Lote Oficial 25-B-I), dejándolo libre de ocupantes, bajo apercibimiento de librar mandamiento de desahucio.

En los considerandos se señala que con la finalidad de que los demandados se reubiquen en otro lugar, para hacer menos traumático el cumplimiento de la sentencia de desalojo y

al contar con el aval de la parte actora, en función de la propuesta realizada por esa parte, deberán desalojar el inmueble en forma progresiva, dentro del plazo de cuatro años contados desde que la sentencia quede firme.

El Juez que vota en primer término sostiene que la finalidad específica para la cual le fue otorgada la autorización de ocupación del predio a la comunidad actora, tuvo como eje, más allá de la producción de la tierra en sí misma, preservar en ese espacio la cultura y las tradiciones del pueblo mapuche. Y que por ello cuando alguno de sus integrantes deja de pertenecer a la comunidad por desviar el objetivo principal por el cual le fueron entregadas las tierras, es ella la que está facultada para recuperar, a través de la correspondiente acción de desalojo, la porción de territorio cedido a esa persona o a un grupo.

Señala que pudo advertir, del contacto con las partes en las distintas audiencias realizadas, que existían entre ambos grupos diferencias significativas desde el punto de vista cultural, religioso y tradicional.

Entiende que la discusión respecto a si los demandados pertenecen o no a la comunidad mapuche no constituye impedimento para la procedencia del desalojo pretendido, porque considera que con las constancias arrimadas a la causa está debidamente demostrada la falta de afectación comunitatis de aquellas con respecto a la comunidad actora.

Destaca que en la sentencia de grado se recurrió a un acta del 8 de agosto de 2006, a fs.167 del expediente administrativo, para sostener que la Sra. Teófila Antiñir reconoció que los demandados fueron autorizados a ocupar el predio, pero también surge de ella que la comunidad decidió en función de los motivos allí expuestos, desalojarlos.

Sostiene que a fs. 711/712 obra acta de una reunión celebrada el 27 de julio de 2005, en que la actora expresa que no pueden aceptar más a esas personas en la comunidad al no

respetar a sus autoridades, por la mala convivencia, reiteradas amenazas y desobediencia, por no acatar las condiciones del estatuto.

También menciona una constancia del 19 de agosto de 2005, en la cual los accionados pese a que reconocen haber sido expulsados de la comunidad, manifiestan su interés en seguir trabajando la tierra que ocupan.

Entiende que si bien en principio, los demandados ocuparon las tierras que les otorgó la comunidad, luego hubo un quiebre que generó cierta rispidez y llevó a que se celebrara una reunión el 27 de julio de 2005, en la que la actora decidió excluirlos.

Manifiesta que si bien coincide con la sentenciante de primera instancia, en cuanto a que las cuestiones relativas a la relación de la comunidad y sus miembros no pueden ser debatidas y decididas en un proceso de desalojo, en autos se dan circunstancias particulares que hacen innecesario que se indague más allá de las constancias analizadas precedentemente que dan cuenta que los demandados a la fecha de la presentación del desalojo ya no pertenecían a la comunidad.

Por tal motivo, considera que resulta improcedente exigirle a la actora, de manera previa a la acción de desalojo, adoptar los mecanismos de exclusión de los demandados de la comunidad.

En definitiva propone se revoque la sentencia de primera instancia y se haga lugar al desalojo y ello en el plazo de cuatro años en forma progresiva atento la propuesta realizada por la actora a fs. 996/vta. Es decir, de acuerdo a tal proposición que cada una de las cinco familias ocupen una hectárea y se comprometan a aceptar los valores y características de modo de vida mapuche y cumplir las resoluciones de la comunidad conforme el estatuto, para regular la convivencia, caso contrario se haría efectivo el inmediato desalojo.

Finalmente señala que en caso de comprobarse por el tribunal el incumplimiento de algunas de las condiciones establecidas en el acta referenciada o cuando existan motivos fundados que pongan en peligro la integridad de las personas o bienes, se suspenderá el plazo otorgado y se procederá a través de los mecanismos judiciales pertinentes al desalojo de los demandados.

El primer voto, es acompañado por el Vocal de Cámara que se expide en segundo lugar.

12. A fs. 1016/1047 los demandados JOSÉ RODOLFO ABARZÚA, JULIO ABARZÚA, RUBÉN ABARZÚA, ALEJANDRO ANTIÑIR, JOSÉ OMAR ANTIÑIR, LUIS ANTIÑIR y CÉSAR RELMO deducen recurso de Casación.

Fundan su presentación en los Arts. 15°, Incs. a), b) y c); 18°, 1° y 2° párrafo de la Ley 1.406, alegando defectos graves en la apreciación y valoración de la prueba testimonial, documental e informativa, determinante para la correcta solución del juicio.

Sostienen además que la sentencia dictada es incongruente y arbitraria porque el razonamiento que la sustenta se encuentra en contradicción con el caso concreto y resuelve más allá de lo probado.

Señalan que la Cámara omitió ponderar que la actora no hizo referencia ni probó la expulsión de su parte. Alega que ello fue correctamente resuelto por la Juez de grado al considerar que no estaba acreditado tal extremo y que era cuestión ajena a la acción de desalojo.

Argumentan que para expulsar socios se deben cumplir con las formalidades del Estatuto Social, las leyes provinciales 77 y 1.284.

Además, señalan que el decisorio de Alzada entendió equivocadamente que si bien la comunidad los autorizó a ocupar el predio, luego decidió desalojarlos como consta en el acta de fs. 167 del expediente administrativo 2903-10755/98, sin

advertir que todas las acciones desplegadas por la Lonko y la Dirección de Tierras violaban el derecho de defensa de su parte.

Entienden que la sola manifestación de la Lonko de que sus sobrinos no hacen caso, no es un cargo que habilite la aplicación de la sanción expulsiva.

Y que tampoco es correcta la valoración realizada por la Cámara del contenido del acta de fecha 27 de julio de 2005, donde se refieren a la mala predisposición, convivencia y reiteradas amenazas y desobediencias de su parte, sin cotejarlo con otros elementos de la causa.

Manifiestan que otro desacierto de la Alzada es afirmar que existen constancias en la causa sobre la falta de afectación *comunitatis* de su parte respecto de la comunidad actora, sin señalar cuáles son esas constancias y violando la normativa procesal que le indica circunscribir su análisis a los agravios traídos a su conocimiento.

Expresan que la sentencia no ha sido motivada porque se le endilga a su parte incumplimientos sin claridad, ya que no firmó ninguna claúsula obligacional con la Comunidad ni la Dirección de Tierras. Y que la Cámara se basó en percepciones tomadas en las audiencias, olvidando que la sentencia debe valorar los agravios, la contestación de éstos y el pronunciamiento de primera instancia.

Señalan –con cita de Héctor E. Kenny- que el juicio de desalojo no es el ámbito adecuado para dirimir las cuestiones sobre el derecho de poseer, si la posesión es legítima o ilegítima, de buena o mala fé.

Además refieren que se ha omitido identificar correctamente el inmueble objeto del desalojo.

Afirman que detentan los mismos derechos que los demás integrantes de la comunidad: niegan que se hayan alejado de los valores y creencias, y sostienen que conservan la sensación de pertenencia.

Expresan que la Cámara se ha atribuido potestades no asignadas por la ley, ya que también ellos son mapuches y el Art. 75 de la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantiza el respeto a su identidad y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. En ese sentido, agregan que se ha violado el Art. 16° de la C.N. porque ellos tienen los mismos derechos que la parte accionante.

También denuncian la infracción de la Ley 26.160, Art.2°, que dispone la suspensión por el plazo de la emergencia declarada de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art.1°.

13. Se corre traslado a la demandada, que no contesta.

14. A fs.1054/1059vta. dictamina el Sr. Defensor General, en representación de los niños hijos del matrimonio de María Celestina Antiñir y José Rodolfo Abarzúa y solicita se case la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, dejándose sin efecto el desalojo dispuesto.

Destaca que en las actuaciones administrativas Nro.2900-10755, obra dictamen N°132/2011 suscripto por el Sr.Fiscal de Estado, quien se expide favorablemente a la viabilidad del anteproyecto de Decreto, por el cual se propende, la transferencia Y otorgamiento de la escritura traslativa de dominio a favor de la Comunidad Ragiñ Ko.

Considera que corresponde aplicar el marco normativo vigente en materia de derechos de los pueblos originarios e invoca el Art.75, Inc.17 de la Constitución Nacional, el Art.53 de la Constitución Provincial y el Convenio Internacional 169 OIT, entre otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Expresa que en función del referido marco es dable afirmar que la propiedad comunitaria indígena entraña una propiedad especial.

Cita la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la significación colectiva de la propiedad y posesión comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas, que tiene una significación colectiva, no de pertenencia al individuo sino al grupo, que no se corresponde con la propiedad individual.

Sostiene que la vía del juicio de desalojo resulta improcedente en atención a la especial naturaleza que reviste el inmueble objeto de la pretensión y a su vez, por el acotado marco cognoscitivo que dicho proceso posee.

Afirma que la tierra cuyo desalojo pretenden algunos miembros de la comunidad en contra de otros miembros, se halla amparada por el plexo normativo de protección a la propiedad comunitaria que el ordenamiento le otorga a las poblaciones indígenas como un derecho colectivo y no individual.

Destaca que el estatuto Social agregado a fs.27/35, en el título VI, Art.21, referido sanciones, suspensión y expulsión, dice que se establece en todos los casos el Ad Moguen (vida social) y el Nor Moguen (obligaciones y deberes) y que los miembros podrán ser objeto de las sanciones de suspensión y expulsión.

Que en su Art. 22, expresa que es causa de suspensión, la trasgresión a las obligaciones establecidas en el estatuto y en la reglamentación interna y también el desacato a las resoluciones de la Comisión Directiva a través del Traum de la Comunidad, cuyo veredicto es inapelable. Menciona que el Art.23 establece la composición de la Comisión del Nor Feleal (órgano de justicia), el 24 que son causa de expulsión: a) la reincidencia de una nueva falta luego de haber sufrido una primera suspensión, b) haber cometido el

integrante acto grave de desobediencia y alterado la paz social, en perjuicio de la Comunidad y no respetar los principios culturales de la misma o haber engañado o tratado de engañar a sus autoridades para obtener beneficio económico o de otra naturaleza.

Y que el Art.25 dice que las sanciones establecidas serán aplicadas por la Comisión Directiva y podrán ser apeladas ante el Traum de la Comunidad.

Advierte que el acta de fs.143/144 del Expte. 2903-10755/98 por la cual se decide el desalojo de los demandados nunca fue notificada y que nada del procedimiento específicamente previsto en el Estatuto, fue observado por parte de la Lonco y Comisión Directiva. Puntualmente que no tuvieron posibilidad ninguna de ejercer el derecho de defensa.

Destaca que el acta no menciona a María Celestina Antiñir, sobrina de la Lonco, demandada en la presente acción.

Manifiesta que tampoco se subsanan las falencias referidas con el acta obrante a fs.167 del 8 de agosto de 2006, ante la Dirección de Tierras, en la que la Lonco expresa que si bien en una ocasión fueron autorizados por la Comunidad a ocupar un lugar determinado, al no respetar dicha ocupación y al no hacer caso, ignorando el estatuto interno, se ha tomado la determinación de desalojarlos.

Remarca que el alto nivel de conflictividad también es admitido por los jueces de ambas instancias, por un lado la Jueza a fs.924 considera probadas las serias divergencias en la convivencia y luego la Alzada lo advierte en las audiencias celebradas, y destaca las diferencias que existen entre ambos grupos desde el punto de vista cultural, religioso, tradicional, etc.

Por ello, entiende que judicializar el conflicto generado entre los miembros de la comunidad a través de una acción de desalojo resulta improcedente, toda vez que el

debate que gira en torno al derecho a la tierra comunitaria lo excede.

Agrega que la propia comunidad deberá respetar las herramientas normativas nacionales e internacionales y lo estipulado en el estatuto social que rige para su convivencia y la organización económica y cultural.

Concluye que el pronunciamiento debe ser casado por que tuvo por acreditado que los demandados fueron excluidos de la Comunidad, hecho que –a su entender- no ha sido acorde al Estatuto Social y porque el proceso de desalojo resulta inadecuado para dirimir la controversia.

Destaca que además en el caso la sentencia de desalojo involucra a los menores hijos de Antiñir y Abarzúa, cuyo mejor interés debe protegerse conforme la Convención Internacional de Derechos del Niño y la Ley 26.061.

28. A fs.1061/1066 interviene el Sr. Fiscal General y propicia se declare la admisibilidad del recurso incoado por la accionada, limitándolo al carril de inaplicabilidad de ley. Ello así, en función de las normas constitucionales e internacionales que se encuentran en juego y escapan de la mera acción pretendida (Art.75, Inc.17 CN).

29. A fs.1068/1072, por Resolución Interlocutoria N°134/16 este Cuerpo declara admisible el recurso deducido por la demandada.

30. A fs.1075/1079vta. se expide nuevamente el Sr. Fiscal General en favor de que se declare procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado por los demandados.

Considera que a la comunidad se le ha otorgado la tenencia precaria, y que cada uno de sus integrantes tiene el mismo derecho de vivir y permanecer en ella.

Entiende que la sentencia resulta arbitraria por no ajustarse los fundamentos del fallo a los elementos acreditados.

Ello en relación a que no surge demostrada la alegada expulsión de los demandados, ni que la tierra permisionada por el Estado no tuviere fines productivos conforme su cultura e idiosincrasia, tal como afirma la Cámara.

En ese sentido considera violentado el Art.75 Inc.17 de la Constitución Nacional.

II. a) Ingresando en el examen del recurso de Nulidad Extraordinario, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra estrechamente vinculada con las argumentaciones esgrimidas para sustentar el carril de Inaplicabilidad de Ley. Luego, advirtiendo que los agravios expuestos por la recurrente pueden hallar un adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el Art. 19 de la Ley 1.406, corresponde a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario. (Acuerdo 7/14, 15/15 del Registro de la Actuaria).

b) Que la apertura de la instancia casatoria 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 indígenas argentinos y a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra.

Al respecto, nuestra Constitución Nacional establece en el Art.75, que corresponde al Congreso:

[…]Inc.17) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de

gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones[…].

En consonancia con la norma fundamental nacional, la Constitución de la Provincia de Neuquén, dice en su artículo 53:

"La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor."

En la misma línea se inscribe el Código Civil y Comercial, que introduce los derechos de las comunidades indígenas en su Art.18:

"Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el Art.75, Inc.17 de la Constitución Nacional.

A partir de la normativa reseñada el Estado Argentino cumple con el compromiso asumido al ratificar el 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, entendiendo como tierras la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. (Art.13.1).

La norma dispone también:

"La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera." (Art. 13.2).

II. b) Reseñadas que han sido las leyes y normas de carácter constitucional, convencional y legal pertinentes, aplicables a la temática atinente a los pueblos indígenas argentinos, cabe analizar las cuestiones fácticas que surgen de las actuaciones y que permitirán determinar si la sentencia dictada por la Cámara- que revoca el decisorio dictado en primera instancia y ordena el desalojo de los demandados- incurre o no en la infracción constitucional denunciada.

Por la presente acción, la comunidad indígena actora –a través de sus representantes- pretende el desalojo de personas integrantes de la comunidad, del territorio en el que se asienta la vida comunitaria, y cuyo uso ha sido otorgado por el Estado Provincial.

1. Concretamente, se verifica que la actora COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ-KO, es una comunidad indígena, con personería jurídica conforme Decreto N°1837 del 18/9/94 (fs. 482), que se constituyó el 30/11/91, como desprendimiento de la comunidad Pilquiñan-Antiñir, con asiento en el paraje Los Miches, Departamento Minas de la provincia de Neuquén (acta constitutiva obrante a fs. 445), que se rige conforme el estatuto obrante a fs. 446/453, cuya reforma integral fue aprobada por Resolución N°J 103 del 22/8/2007 y obra a fs.

802/809, con domicilio en el Paraje China Muerta, Departamento Confluencia de la Provincia de Neuquén.

En sus considerandos, el Decreto 1837/94, precisa que la comunidad mapuche Ragiñ Ko es creada “con el propósito de afirmar y fortalecer los vínculos culturales, socio-económicos de la comunidad, con el objeto de elevar el nivel de vida de sus integrantes; fomentar el acercamiento de todos los aborígenes del país; bregar por la defensa de la cultura mapuche y sus tradiciones, etc”.

2. Respecto del territorio que ocupa, cabe concluir que se trata de lotes fiscales otorgados por el Estado Provincial a la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko, con fines comunitarios, y en proceso de transferencia dominial, lo que remite a la protección constitucional a la posesión y propiedad comunitaria y al compromiso del Estado de regular la entrega a las comunidades indígenas de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano prevista en el Art. 75, Inc. 17 CN y Art. 53 de la Constitución provincial. Ello surge de los siguientes antecedentes obrantes en autos:

A fs. 9 de las actuaciones administrativas “Comunidad Mapuche Ragiñ-Ko”, Expte. N° 2903-10755/98 de la Subsecretaría de la Producción y Recursos Naturales, que mediante Dec.N°2112 de 9/9/92 se aprobó el convenio suscripto entre la Provincia del Neuquén y la Comunidad Mapuche Ragiñ-Ko para el desarrollo de un Proyecto Productivo en las tierras que ocupa como experiencia piloto (10 hectáreas de las 218 de la parcela señalada como Chacra N°8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 que son parte de la Fracción B-lote fiscal 265-sección I, Departamento Confluencia).

A fs. 114/vta. obra un permiso de ocupación precaria de fecha 22/4/2002, sobre una fracción de tierra fiscal de aproximadamente 120 hectáreas ubicada en lote 16, 17, 18, 19, 20, 21, 48, 47 y parte de los lotes 43, 44, 45, 46

y 49 todos ellos partes del Lote Oficial 25 -fracción B- Sección I del Departamento Confluencia.

En la claúsula segunda se precisa que el permiso tiene carácter precario y provisorio y que una vez realizada la mensura y comprobada la explotación efectiva de la tierra se otorgará a la comunidad título de propiedad. También se consigna que la comunidad se obliga a la explotación efectiva conforme a su cultura e idiosincrasia propia.

A fs. 146/147 consta un permiso de ocupación precaria de fecha 2/9/2005, sobre los lotes 8, 9 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la Fracción B de Senillosa. El documento reitera idénticos términos del celebrado en el año 2002, referido precedentemente.

A fs. 190/191 obra anteproyecto de decreto de transferencia y otorgamiento de escritura traslativa de dominio a favor de la comunidad mapuche [R] Raguiñ Ko.

A fs. 337/344, dictamen de la Asesoría General de Gobierno del 10/6/11 que concluye que la comunidad mapuche Ragiñ Ko, puede ser sujeto de reconocimiento del derecho a la propiedad a la tierra de acuerdo a lo prescripto por el artículo 75, Inc. 17 de la CN. Para ello dictamina se desafecten los lotes fiscales en cuestión y se transfiera el dominio.

Luego, obra un pedido de no innovar respecto de la escrituración en favor de la Asociación Mapuche Ragiñ Ko, deducido por José Rodolfo Abarzúa, Julio Rodolfo Abarzúa, Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Cesar Eladio Relmo y Luis Alberto Antiñir, en base a una denuncia de irregularidades.

Ante ello, la Asesoría Legal dictamina que corresponde resolver tal cuestionamiento, previo a dictaminar respecto del anteproyecto de decreto de transferencia de dominio y otorgamiento de escritura.

Hasta allí lo actuado en sede administrativa -conforme las constancias de autos- respecto del territorio en que se asienta la actora comunidad mapuche Ragiñ Ko: tierras fiscales otorgadas por el Estado Provincial, mediante permiso de ocupación precaria, para fines comunitarios y con trámite pendiente de transferencia de dominio.

Cabe señalar que tanto la Carta Magna Federal como la de nuestra provincia, establecen que el Estado regulará la entrega de tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano (Art. 75, Inc. 1 y 53 respectivamente), y tal resulta ser el caso de las tierras otorgadas a la Comunidad Ragiñ Ko, conforme las constancias de autos.

3. En cuanto a la calidad de miembros de la comunidad indígena Ragiñ Ko, alegada por los demandados como motivo de su ingreso al predio, cabe destacar que no ha habido divergencia por parte de la actora, sino lo contrario y surge de las siguientes constancias:

A fs. 717 obra acta de exposición policial del 1/2/2003, en la cual consta que se presenta ante la Comisaría de Senillosa, el Sr. Albarino Mariano Antiñir, “en representación de la Comunidad Ragin Co, como segundo Jefe, a los fines de poner en conocimiento que a partir de ayer a las 20:00 se integran a la comunidad cinco familias las que fueron autorizadas mediante acta y reunión realizada el 19 de enero del año ppdo. Siendo ellas ANTIÑIR MARIA CELESTINA, DNI ... y esposo ABARZÚA, JOSÉ RODOLFO, DNI ... -ANTIÑIR LUIS ALBERTO DNI ... y esposa MILLAR MARIA ELENA CI ... ANTIÑIR, JOSÉ OMAR DNI ... y esposa PINO ANDREA ELOISA DI ...- ANTIÑIR ALEJANDRO DNI ... y ANTIÑIR AURORA DNI ..., con su madre QUEZADA OROSMILA DNI ... y ANTIÑIR GRACIELA DNI ... y esposo ESPARSA, DANIEL HECTOR DNI .... Dejando asentado además que cada grupo familiar cuenta con hijos menores de 10 años para abajo.”

A fs. 160 de las mismas actuaciones administrativas, obra nota de la Coordinadora General del ADUS

dirigida al Director de Tierras Fiscales, que menciona los conflictos existentes, que podrían ocasionar el desalojo de 5 familias por parte de la Comisión Directiva y la necesidad de contar con información para la construcción de unidades funcionales e incluye un listado correspondiente al grupo poblacional del predio, que incluye a: Antiñir Alejandro, Antiñir José Omar, Antiñir Maria y Antiñir, Luis Alberto. Todos ellos demandados en autos.

A fs. 240/244 obran constancias del pago de un préstamo de un emprendimiento productivo otorgado por el Programa Social Agropecuario de la Provincia de Neuquén, a nombre de los demandados Relmo Cesar Eladio, Antiñir Luis Alberto, Antiñir José Omar, Antiñir Alejandro y Abarzúa José Rodolfo, en las que se identifica a cada uno de ellos como integrantes del grupo Ragiñ Ko. (documentos reconocidos como auténticos a fs. 377).

A fs. 711/712 obra copia fiel de acta de fecha 27/7/05, de una reunión de la Comisión Directiva de la Comunidad y demás integrantes. Se consigna que tiene como único punto del orden día, el desalojo de Rodolfo Abarzúa, Antiñir Alejandro, Antiñir José Omar, Antiñir Luis, Relmu Cesar y los hijos del primero (Rodolfo, Julio y Rubén, todos de apellido Abarzúa).

Allí se expresa que oportunamente se los aceptó en la comunidad, pero que no los aceptan más, debido su mala predisposición, amenazas, desobediencia, falta de respeto a la Lonko. Piden que intervenga la Fiscalía para el desalojo porque perturban el futuro de la comunidad.

Cabe señalar, que entre las personas cuyo desalojo pretenden no se incluye a María Celeste Antiñir, quien sí resulta luego, demandada en autos.

Consta a fs. 167, que la Lonko Teófila Antiñir manifiesta ante la Dirección de Tierras que los Sres. Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Luis Alberto Antiñir

Rodolfo Abarzúa y Aurora Antiñir: “si bien en una ocasión fueron autorizados a ocupar un lugar determinado, al no hacer caso e ignorar el Estatuto Interno que rige la comunidad […]han tomado la decisión de desalojarlos” y solicita que esa Dirección efectivice el desalojo.

Posteriormente el mencionado organismo administrativo remite a la Comisaría de Senillosa, radiotelegramas N° 268 y 325 que dicen: “A título de especial colaboración solicítole se le notifique a los Sres. Alejandro Antiñir, José Omar Antiñir, Luis Alberto Antiñir, Rodolfo Antiñir y Aurora Antiñir: “que habiéndose constatado que ocupan sin autorización de este organismo tierras dentro de las fracciones permisionadas a la comunidad indígena R´Rangiñ-co en el sector chacras de la localidad de Senillosa, se los intima por el presente a retirarse del lugar en el plazo de 5 días de notificados, bajo apercibimiento de iniciar las acciones penales por el delito estipulado en el Artículo 239 del Código Penal (atentado y resistencia a la autoridad) u otras que correspondieran por derecho” (fs.170/172).

Así, se concluye que conforme las constancias mencionadas precedentemente, los demandados resultan ser miembros de la comunidad mapuche Ragiñ Ko.

4. Entonces, se reitera, de las circunstancias enunciadas precedentemente, surge que el inmueble donde se asienta la comunidad indígena actora, y del cual pretende desalojar a los demandados, está constituido por tierras fiscales otorgadas por el estado provincial mediante permisos de ocupación precaria, para uso comunitario y en proceso pendiente de transferencia del dominio, lo cual las enmarca dentro de la protección constitucional de la Carta Magna Federal y local (Art. 75, Inc. 17 CN, Art. 53 y 82, Inc. d), Constitución Provincial, 13 y 14 Convenio 169 OIT Ley 24.071).

Asimismo, no ha sido controvertido que la presencia de los demandados en ese territorio comunitario corresponde a

habérselos integrado previamente a la comunidad mapuche Ragiñ Kó, y convocado a instalarse con sus familias en el predio, tal el título por el que ingresan y se asientan en el inmueble.

Luego, es claro que conflictos de convivencia llevaron a la actora a querer desalojarlos y es la pretensión que ha manifestado al iniciar este proceso.

Empero, los accionados opusieron su calidad de miembros integrantes de la comunidad Ragiñ Ko y alegaron no haber sido expulsados de ella, sin que la contraria haya acreditado este último extremo.

Es oportuno recordar que el proceso de desalojo es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener la obligación exigible de restituirlo o revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión (conf. Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, T.VII, pág.51).

En tal sentido, valga reiterar que por vía de principio, no es el medio procesal adecuado para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo.

En el caso, el ingreso de las personas demandadas no se produjo de manera ilegítima, sino por su incorporación como mapuches a la comunidad actora, tal es el motivo por el cual se encuentran en las tierras comunitarias, las que han sido entregadas por el Estado para ese uso, por lo que resulta improcedente la acción de desalojo para excluirlos del lugar.

Y es que, excede el marco de esta acción establecer si los demandados, incorporados a la comunidad indígena actora y al territorio comunitario, fueron incluidos de manera válida, si cumplieron o no con las reglas internas, si ante una eventual falta se adoptaron procedimientos ajustados a derecho conforme el estatuto o lo contrario, si fueron o no excluidos en legal forma, ya que el objeto de los presentes se

circunscribe a resolver si existe o no obligación de restituir el bien, que dé lugar al desalojo.

Corresponde reiterar el reconocimiento y especial protección constitucional, convencional y supralegal de que gozan los pueblos indígenas argentinos, su identidad y su idiosincrasia, las comunidades indígenas, la ocupación tradicional, posesión y propiedad comunitaria de la tierra, institutos que han sido traídos por los contendientes a este pleito y se encuentran directamente involucrados en autos.

Es así, en razón de que los litigantes pertenecen al pueblo indígena mapuche, la actora reviste la calidad de comunidad indígena, los demandados son integrantes de tal comunidad, y se debate respecto del desalojo de éstos últimos del territorio comunitario en el que viven.

En consecuencia, ordenar el desalojo solicitado por la Comunidad Mapuche Ragiñ Ko, de personas integrantes de la propia Comunidad indígena, para que sean expulsadas de las tierras comunitarias que ocupan, infringe normativa constitucional federal y local, además de la Ley 27.071 (Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes).

Concretamente –a la luz del desarrollo efectuado hasta aquí-, la decisión impugnada colisiona con los Arts. 75, Inc. 17 de la Constitución Nacional, Art. 53 de la Constitución Provincial, Art. 13 Convenio 169 OIT (Ley 24.071).

Entonces, corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido, en virtud de las causales de infracción legal señaladas precedentemente (Art. 15, Inc. a) y b) Ley 1406).

III. En consecuencia, ha de casarse la sentencia dictada a fs. 1006/1011 vta., por imperio de lo dispuesto en el Art. 17º, inc. c) de la Ley 1.406, y en atención a los fundamentos expuestos, ha de recomponerse el litigio mediante

el rechazo del recurso de apelación deducido por COMUNIDAD MAPUCHE RAGIÑ KO, y la consiguiente confirmación del pronunciamiento de Primera Instancia obrante a fs. 921/926 vta.

IV. Con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se impongan las costas de todas las instancias a la actora perdidosa (Arts. 68° del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). **MI VOTO.**

El señor vocal doctor **EVALDO D.MOYA,** dice: comparto la línea argumental desarrollada por mi colega preopinante y la solución propiciada, por lo que expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con los representantes de los Ministerios Públicos, por unanimidad, **SE RESUELVE**: **1°)** Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extrardinario. **2°)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la demandada a fs. 1016/1047 contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de esta ciudad obrante a fs. 1006/1011 vta., **CASANDO** dicho fallo por infracción al Art. 75, Inc. 17) de la Constitución Nacional, Art. 53 de la Constitución Provincial, Art. 13 de la Ley 24.071 -Art. 15, Incs. a) y b) Ley 1.406-, y sobre la base de las razones vertidas en los considerandos del presente. **3°)** Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17°, inc. c), del ritual casatorio, **RECOMPONER** el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la actora, **CONFIRMANDO** la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 921/926. **4°) IMPONER** las costas de todas las instancias a cargo de la actora (Arts. 68° del C.P.C.y C. y 12º de la Ley 1.406). **5°) DIFERIR** la regulación de honorarios para su oportunidad. **6°) DISPONER** la devolución del depósito, cuya constancia luce a fs. 1015 (art. 11° L.C.).

7°) Regístrese, notifíquese y oportunamente 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 Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. EVALDO D. MOYA
Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria