



COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

CASO “COMUNIDAD MAPUCHE LOFCHE JOSE CELESTINO QUIJADA”: LO QUE NO ES (SERVIDUMBRE DE PASO FUNCIONAL Y TRADICIONAL), UN DÍA PUEDE LLEGAR A SER (ACTO ADMINISTRATIVO MEDIANTE)

El caso Comunidad Mapuche Lofche Jose Celestino Quijada C/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Defensa y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Otros S/Civil y Comercial – varios.

por Daniela Belén Velazquez¹

Introducción

Hace ya más de 14 años que la Comunidad Mapuche Lofche Jose Celestino Quijada se encuentra impedida de acceder a su territorio por el camino ancestral denominado “Los Álamos” a razón de los avances inmobiliarios en la zona. Esta situación es judicializada por la comunidad en el año 2020 promoviendo recurso de amparo ante la justicia federal mediante el cual se denuncia una consecución de actos de despojo que fueron vulnerando sistemáticamente sus derechos como comunidad indígena.

En razón de esta presentación, que en principio ingresó como un proceso de amparo para luego reconvertirse en un proceso ordinario, se dirimió en dos oportunidades el otorgamiento de dos medidas cautelares (en especial), las cuales tenían como objeto la apertura de un nuevo camino provisorio constituyendo una servidumbre de paso a favor de la comunidad Mapuche en el predio de uno de los demandados, Arelauquen Golf & Country Club S.A. y a su vez, que Arelauquen detenga las obras que se llevan

¹ Abogada por la Universidad Abierta Interamericana. Asesora Legal y Técnica en el área de Gestión Territorial de la dirección de Asuntos Jurídicos del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Derecho Procesal por la Universidad Notarial Argentina. Directora del Instituto de Derecho Ambiental del Departamento Judicial de Mercedes. Miembro del taller de investigación CADJM. Realizó una pasantía en el programa de Derechos Humanos en la Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA).

a cabo en el territorio comunitario hasta tanto no se resuelva la denuncia de despojo, se cumpla con el Convenio 169 OIT y diversos tratados internacionales.

En una primera oportunidad, las medidas cautelares son denegadas por el Juez de primera instancia. La Comunidad apela, pero en el trascurso de la apelación, sin contar aún con la resolución de Cámara, la denuncia de un hecho nuevo a la causa determina que sean concedidas las medidas cautelares por el juez de primera instancia.

El hecho que determinó la satisfacción de los presupuestos cautelares versó en cuanto a la finalización del relevamiento territorial por parte del Estado Nacional en cabeza de Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). El acto administrativo mediante el cual el INAI reconoció recientemente la ocupación actual, tradicional y pública de la comunidad Quijada sobre el territorio comunitario, Resolución RESOL-2021-43-APN-INAI#MJ, publicado en el Boletín Oficial el 14/05/2021, dio la pauta para que el Juez de primera instancia, ante la denuncia de esta resolución, considere pertinente el otorgamiento de las medidas.

A continuación, se realiza la reseña del caso.

Presentación de la demanda

El día 24 de junio de 2020 la Comunidad Mapuche LOFCHE JOSE CELESTINO QUIJADA presenta ante el Juzgado Federal de la ciudad de Bariloche una acción de amparo.

El objeto de la demanda presentada es que se ordene al Estado Nacional – Ministerio de Defensa – INAI y al Honorable Congreso de la Nación, que realice una investigación para determinar la existencia de “despojos jurídicos con desplazamiento forzosos inconsultos y/o por vías de hecho respecto del territorio de ocupación tradicional comunitario; y que se arbitren las medidas para que se repare y restituya integralmente el territorio y los recursos despojados, conforme lo establecen los arts. 16 del Convenio 169 de la OIT; y 10 y 28 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas”.

Asimismo, los amparistas solicitan que se declare territorio de ocupación tradicional de la Comunidad como propiedad comunitaria de ésta en virtud de la ocupación ancestral

que practica, y que se ordene su reconocimiento definitivo; que se delimite, determine y se instrumente la mensura gratuita del territorio de ocupación tradicional de la Comunidad, y que se registre, declarándose el reconocimiento constitucional de la propiedad comunitaria. Finalmente, pide que se paguen daños y perjuicios por los daños causados tanto al colectivo como a las personas individuales.

Cautelarmente, la parte actora solicita que hasta que la demandada (INAI) concluya el relevamiento territorial que establece la ley N° 26.160 mediante la entrega de la Carpeta Técnica, el dictado de una medida cautelar, a fin de que se ordene a Arelauquen Golf & Country Club S.A. (AG&CC SA) reabrir el paso para que se pueda transitar entre el Barrio Unión y el territorio comunitario; y que se paralicen las obras de movimiento de suelo, construcción de alambrados, etc. que AG&CC SA se encuentra realizando en el territorio reclamado por la Comunidad como parte de su Ocupación Territorial.

Decisión del juez de primera instancia.

El tribunal interviniente entiende que los objetos de la acción entablada pueden disociarse y no se encuentran necesariamente vinculados, ya que también se dirigen contra distintos demandados, considerando que en referencia a la porción de la demanda entablada contra Arelauquen Golf & Country Club S.A., el Tribunal resulta y se declara incompetente.

Funda su decisión en los siguientes términos: *“Toda vez que, el reclamo versa sobre una servidumbre de paso que reclama la accionante sobre un terreno de propiedad privada, hacia un particular -Arelauquen Golf & Country Club S.A.-; y por no encuadrarse en ninguno de los supuestos previstos por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, la acción a fin de hacer valer en este caso el derecho real de servidumbre, es de naturaleza civil, regido por leyes comunes, lo que determina la competencia ordinaria para conocer el caso -ver reglas de competencia establecidas en el Art. 5 apartado 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, conf. ley N° 4142”*

En cuanto al trámite de la acción por la porción de la demandada por la cual el tribunal se entiende competente, determina que esta acción se desarrollará conforme el trámite establecido para el proceso ordinario. Esta reconversión del proceso opera a razón de la multiplicidad de objetos demandados y la complejidad de éstos, como así también, del monto reclamado en concepto de daños y perjuicios, de la cantidad de

accionados y terceros cuya citación se pretende a fin de intervenir en el proceso y la complejidad de la prueba a producirse en autos.

La parte actora interpone recurso de apelación y se agravia en cuanto a la declaración de incompetencia parcial, la asignación a la demanda de amparo el trámite ordinario y la omisión de pronunciamiento sobre las medidas cautelares. Entiende la quejosa que el magistrado no efectuó evaluación el marco fáctico y jurídico que rodeaba a la controversia y omitió el hecho que la demanda no era escindible en tanto los lotes alambrados por AG&CC S.A. estaban, en términos del recurso: *“...inscritos a nombre del ESTADO NACIONAL y están asignados en uso y custodia al Ejército Argentino según consta en el Departamento Bienes Raíces de la Escuela Militar de Montaña de SC de Bariloche”, concluyendo entonces que “...en el presente caso SI HAY PATRIMONIO ESTATAL comprometido y SI hay un perjuicio directo al patrimonio estatal...”*.

También se quejó de que el juez encuadrara el asunto en el derecho civil, aseverando que ello se debió por la omisión de aplicar la legislación en materia de derechos de los pueblos originarios consagrados con la reforma de la CN de 1994 (art.75 inc 17) y en los diversos tratados internacionales, en especial el Convenio 169 OIT, con lo cual no es un conflicto entre particulares.

Agregó que según el art.14 del Convenio 169 OIT, la discusión no refiere al derecho real de servidumbre sino al de una servidumbre tradicional, existiendo una obligación internacional del Estado Nacional de garantizar el ejercicio de ese derecho.

Fallo de Cámara

La Cámara Federal de Apelaciones de General Roca decide admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la resolución en cuanto considera que las pretensiones ejercidas por la parte actora contra los demandados se encuentran íntimamente vinculadas y resultan inescindibles; característica que necesariamente se traslada hacia la competencia que resulta federal.

Al revocar la declaración de incompetencia parcial, el órgano revisor le ordena al magistrado de origen sustanciar el proceso sobre este tramo del reclamo y expedirse sobre las cautelares solicitadas en el escrito inicial.

En cuanto al trámite del proceso la Cámara entendió que al no estar configurada la condición o presupuesto de irreparabilidad del perjuicio, concluyó que es en el ámbito de un proceso de conocimiento pleno en donde deben ventilarse los asuntos y conflicto traído por la parte actora.

Tratamiento de las Medidas Cautelares

Una vez subsanada la controversia inicial y determinada la competencia y el trámite del proceso, el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche se expide en cuanto al otorgamiento de las medidas cautelares, encontrándose ahora competente para decidir sobre ellas.

Por un lado, la comunidad requirió el dictado de una medida cautelar INNOVATIVA contra Arelauquen Golf & Country Club a fin de que se ordene la reapertura del paso existente entre el Barrio Unión de esta ciudad y el territorio de la comunidad, ello con el fin de asegurar la supervivencia de la misma.

La requirente manifiesta que históricamente los integrantes de la comunidad accedían a su territorio a través del paso tradicional conocido como “camino de los álamos”, situación que se modificó drásticamente en el año 2007 cuando se bloqueó el paso por dicho acceso, debido al accionar de la demandada. Dicho bloqueo fue realizado mediante la colocación de un alambrado, que interrumpió el acceso vehicular al territorio comunitario, obligándolos a acceder a sus viviendas mediante un sendero a pie, lo que implica una gran caminata por caminos de montaña.

Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar de NO INNOVAR contra “Arelauquen” a fin de que, hasta la finalización del relevamiento técnico jurídico y catastral previsto en la ley 26.160 que lleva adelante el I.N.A.I., paralice todas las obras de movimiento de suelo y construcción de alambrados que se encontraría realizando en el territorio que la actora reclama como propio. Y que se paralicen todas las gestiones administrativas que tramiten en la órbita del Estado Nacional, Provincial y Municipal a favor de terceros que puedan superponerse en todo o en parte con el reclamo territorial llevado adelante por la comunidad actora.

El magistrado interviniente decidió dar tratamiento por separado a las medidas cautelares solicitadas.

En cuanto a la medida cautelar innovativa, fue denegada. El Juez entendió que la medida *“no es más ni menos que el establecer una servidumbre forzosa en los términos del artículo 2166 del Código Civil y Comercial de la Nación, guarda estricta semejanza con el objeto principal del presente proceso en referencia a la co-demandada “Arelauquen”*. De este modo encuadro la cuestión nuevamente en la órbita del Derecho Civil.

En cuanto a los presupuestos de procedencia entiendo que el reclamo no reviste peligro en la demora, ya que el denominado “camino de los álamos”, habría sido cerrado hace más de 13 años, continuando la comunidad accionante accediendo al territorio sobre el cual se encuentra asentada. Destacando que el acceso emplazado sobre la ladera del Cerro Otto reviste mayor complejidad para ser transitado en época invernal, pero que en esta etapa primigenia del proceso no correspondería hacer lugar a la medida.

Por último, en el marco de la doctrina de la C.S.J.N, el sentenciante considera aplicable el fallo “Camacho Acosta”², donde el más Alto Tribunal sostuvo que *“esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (confr. Fallos: 316:1833 y causa P. 489 XXV “Pérez Cuesta S.A.C.I. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)” del 25 de junio de 1996).”*

Con este fundamento, a fin de brindar un anticipo de tutela jurisdiccional, el Juez considera que, mínimamente, debería oírse a la contraria en el marco del reclamo intentado, no pudiendo ser decretada la medida peticionada in audita parte.

Misma suerte deberá correr la medida cautelar de no innovar interpuesta con el fin de que se paralicen las obras que se podrían estar llevando adelante sobre parte del terreno que la comunidad accionante reclama como propio, a razón de no habiéndose encontrada acreditada la verosimilitud en el derecho. También se desestima el pedido de paralización de todos los tramites existentes ante la órbita estatal a favor de terceros que puedan superponerse en parte o en todo con el reclamo de autos.

² Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros. Sent del 7 de agosto de 1997 Fallos: 320:1633

La actora interpone recurso de reposición con apelación en subido frente a esta providencia, no se hace lugar al recurso de revocatoria y se concede en relación el recurso de apelación, en estos términos se conforma incidente de apelación.

En este marco, el Agente Fiscal entiende imprescindible para la elaboración de su dictamen tomar vista de las actuaciones administrativas labradas por el INAI respecto de la comunidad reclamante en atención a la naturaleza del reclamo. Se libra Oficio a INAI y este presenta toda la documentación solicitada.

Importante es tener en cuenta que, a esta fecha, abril del 2021, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas aún no ha dictado la resolución respectiva que tenga por cumplido el relevamiento técnico jurídico y catastral que dispone el art. 3 de la ley 26.160.

Sin perjuicio de la negativa al otorgamiento de las medidas cautelares y del incidente que se desprende de tal decisión, el 28 de abril del 2021, el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche, da por promovida la demanda la cual tramitará por las normas del proceso ordinario y ordena correr traslado a los demandados.

Acto administrativo que determina el otorgamiento de las Cautelares

En fecha 19 de mayo del corriente se presentó la comunidad accionante y solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa en contra de la co-demandada “Arelauquen Golf & Country Club”, a fin de que el Tribunal disponga una servidumbre de paso provisorio, entre el Barrio Unión de nuestra ciudad y el territorio comunitario.

En esta nueva oportunidad la Comunidad argumentó que la nueva situación traída a examen difiere de la ya resuelta por este tribunal en fecha 11 de noviembre del 2020 (encontrándose pendiente de resolución por parte de la Alzada el recurso de apelación interpuesto) toda vez que hay situaciones de hecho que alterarían lo ya decidido.

En relación a ello se peticiona que se tenga presente el Expediente Administrativo EX-2020-66763485-APN-INAI#MJ con su correspondiente Resolución RESOL-2021-43-APN-INAI#MJ, publicada en el Boletín Oficial el 14/05/2021, acto administrativo mediante el cual el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas reconoció recientemente la ocupación actual, tradicional y pública de la comunidad Quijada sobre el territorio comunitario, configurándose así verosimilitud sobre el derecho reclamado en autos,

constituyéndose este como un hecho nuevo a la hora de resolver el pedido de las medidas cautelares solicitadas.

Frente a este acontecimiento el juez entiende que: *“La situación descripta...modifica sustancialmente los argumentos tenidos en cuenta anteriormente al momento de resolver el rechazo de las medidas cautelares solicitadas con el escrito de inicio; Ello así, toda vez que el Estado Nacional a través de los organismos competentes (I.N.A.I.) estableció y dio certeza respecto del lugar de asentamiento de la comunidad actora –indicando la zona georeferenciada en el Anexo I de la Resolución 43/2021-, brindando así verosimilitud en el derecho pretendido por la accionante.”*

En consecuencia, el Juez continua su análisis y encuadra una vez más la cuestión en el derecho civil destacando que el Art. 2166 del CCyCN, establece que “Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa. **Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública**³.

En virtud de ello y esta nueva oportunidad, teniendo en consideración la ubicación geográfica del territorio comunitario, como así también los dichos de los integrantes de la comunidad accionante, entiende que, se desprende que la accesibilidad a las tierras que habitan, reviste un ostensible grado de complejidad. Y que, si bien es factible el ingreso, entiende que corresponde dictar la medida cautelar solicitada, a fin de resguardar la salud y seguridad de los accionantes. Encuadrando la necesidad en base al concepto de encerramiento funcional⁴.

El Juez destaca que el acceso que hoy se encuentra habilitado para ingresar al territorio comunitario y las dificultades que acarrearán las inclemencias climáticas propias de la próxima época invernal revisten, dentro del marco de la cautelar, basamento suficiente para acreditar el “peligro en la demora”

³ El magistrado destaca con negrita esta parte del articulado.

⁴ ...“Sobre ello, con el fin de determinar si corresponde la imposición de una servidumbre de tránsito a “Arelauquen”, la doctrina tiene dicho que “Es menester que se trate de un inmueble “sin comunicación suficiente con la vía pública”. Por ende, no es necesario que no tenga comunicación alguna, sino que no sea suficiente. Importa tanto el encerramiento físico de la heredad como el encerramiento funcional”.

En estos términos, con fecha 21 de mayo de 2021, es que el Juez resuelve hacer lugar a la medida cautelar solicitada, disponiendo que en el plazo de veinte (20) días de notificada la co-demandada “Arelauquen Golf & Country Club” establezca una servidumbre de tránsito libre e incondicionada entre el territorio ocupado por la comunidad accionante y el Barrio Unión de esta ciudad, bajo apercibimiento de imponerle astreintes por cada día de retardo.

En fecha 27 de mayo del 2021 el Juez amplía la resolución dictada en fecha 21/05/2021 ya que se omitió dar tratamiento a la medida precautoria de no innovar requerida en fecha 19 de mayo del corriente, ante requerimiento de la peticionaria.

“En consecuencia, teniendo en cuenta la medida pretendida, considerando los fundamentos esgrimidos en el escrito de demanda y a tenor de los argumentos brindados en el decisorio del 21/05/2021 –en referencia a los requisitos exigibles para la concesión de la medida asegurativa, los que considero satisfechos en esta instancia- y a los cuales me remito por razones de brevedad, considero que corresponde hacer lugar a la medida de no innovar pretendida, ampliando en dicho sentido la resolución ya dictada en autos.”

En base a estos argumentos el magistrado resolvió: *“Ampliar la resolución dictada en fecha 21/05/2021, ordenando a “Arelauquen Golf & Country Club S.A.” la paralización inmediata de toda obra y/o movimiento de suelo que esté desarrollando sobre el territorio ocupado por la comunidad accionante, el que se encuentra georreferenciado por el I.N.A.I. en el Anexo I de la Resolución 43/2021. “*
