



Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

“Comunidad Mapuche Lofche José Celestino Quijada c/ Estado Nacional -Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Defensa y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros s/amparo ley 16.986” (FGR 4561/2020/CA1) Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche

General Roca, 22 de octubre de 2020.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución de fs.128;

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto-ley 1285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros de este tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor Richar Fernando Gallego dijo:

1. La Comunidad Mapuche “Lofche José Celestino Quijada” interpuso acción de amparo, a fs.79/122, contra el Estado Nacional -Ministerio de Defensa y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural -Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)-; el Congreso de la Nación Argentina y la firma “Arelauquen 3 Golf & Country Club SA”, con el objeto de que se le ordenase a los dos primeros que:

“A) **SE REALICE LA INVESTIGACIÓN** que indican los artículos 17.3 y 18 del Convenio 169 de la OIT para determinar la existencia de despojos jurídicos con desplazamientos forzosos inconsultos y/o desplazamientos forzosos inconsultos 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**

USO OFICIAL



LOS RECURSOS DESPOJADOS, conforme lo establecen los arts. 16 del Convenio 169 de la OIT; 10 y 28 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas; B) Se **declare** territorio de ocupación tradicional de LA COMUNIDAD como propiedad comunitaria de ésta en virtud de la ocupación ancestral que practica, ordenándose instrumentar su **RECONOMIENTO** definitivo e incondicional en los términos de los arts. 21 C.A.D.H., 75.17, CN, 14 Convenio 169 de la OIT; 26 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas; C) Con participación de la comunidad, **SE DELIMITE, DETERMINE Y SE INSTRUMENTE LA MENSURA GRATUITA DEL TERRITORIO DE OCUPACION TRADICIONAL DE LA COMUNIDAD** y se **REGISTRE** la misma, **DECLARANDOSE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA** de acuerdo a lo estipulado por el art. 75 inc. 17 CN, 14 Convenio 169 de la OIT, 26 a 28 de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas; D) De resultar insuficientes las tierras delimitadas y reconocidas para las generaciones, **se le otorguen a la Comunidad otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano** (art. 75 inc. 17 CN).

E) Hacer íntegro pago de los **DAÑOS Y PERJUICIOS** reclamados por la suma de quinientos millones de pesos \$ 500.000.000.-, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más la actualización monetaria e intereses correspondientes por los daños causados tanto al colectivo como a las personas individuales."

En cuanto a la demandada Arelauquen Golf & Country Club S.A. solicitó que se la obligase a: "F) Que **RESTITUYA LA POSESIÓN** de parte del territorio de ocupación tradicional de la comunidad identificados catastralmente como lotes 19-2G-G10-03A y 19-2H-H10-01, de los cuales la comunidad amparista ha sido despojada; G) Que **RESTITUYA EL PASO** que tradicionalmente utilizaba la comunidad para acceder a su territorio de ocupación tradicional (Art 14.1 del Convenio 169 de la OIT), el cual ha sido bloqueado unilateralmente por AG&CC SA y ha dejado aislada a la comunidad;

H) Hacer íntegro pago de los **DAÑOS Y PERJUICIOS** reclamados por la suma de un mil millones de pesos \$ 1.000.000.000.-, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más la





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

actualización monetaria e intereses correspondientes por los daños causados tanto al colectivo como a las personas individuales".

Solicitaron, además, la anotación de la existencia de esta litis en los registros correspondientes y el dictado de medidas cautelares para que se paralicen todas las obras de movimiento de suelo, construcción de alambrados, etc. que la firma Arelauquen G&CC SA se encuentra realizando en el territorio objeto de reclamo, como también de todas las gestiones administrativas que tramiten en el Estado a favor de terceros que puedan superponerse en todo o en parte con el reclamo de los derechos de tenencia, posesión, ocupación o propiedad sobre tierras de ocupación tradicional de la comunidad.

2. Mediante la sentencia de fs.128, el juez federal subrogante de San Carlos de Bariloche asumió la competencia sobre el reclamo efectuado en contra del Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)- y el Congreso de la Nación Argentina, no así respecto del realizado a "Arelauquen Golf & Country Club S.A.", declarando la incompetencia del juzgado.

Asimismo, y en lo que aquí interesa, sobre el tramo de la demanda cuyo conocimiento admitió, dispuso asignar al proceso el trámite ordinario.

3. En el recurso de apelación que la actora dedujo a fs.129/138, se quejó de que el magistrado declarase la incompetencia del juzgado, omitiera expedirse sobre las medidas cautelares solicitadas, y del trámite establecido.

USO OFICIAL



Destacó en primer término la importancia del caso, en tanto refería sobre un asunto de interés público que afectaba gravemente y de forma generalizada derechos de un grupo vulnerable protegido por la CN, tratados internacionales y por leyes de orden público federal.

Luego, en el desarrollo de los agravios, postuló en relación a la declaración de incompetencia, que la disociación de los objetos que efectuó el magistrado fue unilateral y antojadiza, pues su planteo refiere a que se está ante un despojo que comete el Estado Nacional y, sobre ese despojo, actúa AG&CC SA, de allí que -sostuvo- el objeto no puede ser disgregado dado que todos los demandados se encuentran ineludiblemente vinculados.

En relación a esta cuestión, 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.

Explicó que el reclamo de la comunidad es poder transitar por el camino que tradicionalmente utilizaba para poder acceder a su territorio, interrumpido por el bloqueo realizado por AG&CC S.A.

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





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

obligación internacional del Estado Nacional de garantizar el ejercicio de ese derecho.

Más adelante indicó que existe en este caso un patrimonio estatal comprometido y un perjuicio directo a él, pues AG&CC SA alambró parte de los lotes identificados catastralmente como 19-2G-G10-03A y 19-2H-H10-01, que están inscriptos a nombre del Estado Nacional y se encuentran asignados en uso y custodia del Ejército Argentino tal como consta en el Departamento Bienes Raíces de la Escuela Militar de Montaña de San Carlos de Bariloche.

Manifestó que la declaración de incompetencia importaba una evasión al tratamiento de las medidas cautelares solicitadas con el fin de asegurar la integridad territorial y la supervivencia de la comunidad.

En cuanto a la asignación del trámite ordinario a la acción de amparo promovida, aseveró que la vía escogida era la más idónea para resolver este caso, teniendo en cuenta que la demostración de la configuración de la lesión a derechos constitucionales, el reconocimiento de la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, surge de manera evidente sin necesidad de ninguna otra demostración.

Agregó, con respecto a la "complejidad de la prueba a producirse en autos", que gran parte de ella ya había sido presentada y que el INAI ya se encontraba realizando el relevamiento territorial que dispone la ley 26.160, por lo que había cuestiones que resultaban de puro

USO OFICIAL



derecho y, por lo tanto, no demandaba un mayor insumo procesal ni complejidad que justificara la transformación del amparo en un proceso ordinario.

Insistió en que se estaba en presencia de lesiones graves en el acceso a la justicia, demora y eventual privación de ella en un reclamo territorial indígena en el que existen lesiones a normas de jerarquía constitucional y convencional (arts. 17, 18, 31 75 inc. 17 y 22, 23 CN, Convenio 169 OIT, UNDRIP, CADH 1, 2, 8, 25, PIDCYP, 14) y que se configura en este caso la situación "excepcional" y "especial" de acuerdo al criterio de la CSJN, para que este proceso tramite según la ley 16.986.

4. El representante del MPF ante este tribunal opinó, en función de la intervención que le fue otorgada de acuerdo a lo establecido en el art.31 inc. "e" de la ley 27.148, que, al igual que lo dictaminado por el MPF en la instancia precedente, el Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche era competente para entender en estas actuaciones en razón de la materia y de territorio.

5. Ya en respuesta al recurso, y en relación al cuestionamiento asentado en la declaración de incompetencia parcial decidida por el *a quo*, es mi opinión que debería prosperar.

Al respecto comparto las consideraciones vertidas por el señor Fiscal General en su dictamen -a cuyos términos me remito- y, del mismo modo que lo postula el recurrente, entiendo que la cuestión planteada es de naturaleza esencialmente federal y, por lo tanto, corresponde a la jurisdicción federal.





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Tengo en cuenta la regla inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y que esta cámara sigue desde su composición originaria- que para establecer la competencia de los órganos jurisdiccionales debe atenderse primordialmente a los hechos expuestos en la demanda y luego, sólo en la medida de su adecuación a ellos, al derecho esgrimido para fundar la pretensión, sin que interese a ese fin las defensas o excepciones articuladas en la causa (*"Paiguen S.A. y otros c/ Empresa de Energía Río Negro Sociedad Anónima (EDERSA) y otros s/ acción de amparo"*, sent.int.958/06; *"Mares Sur S.A. c/ Administración de Parques Nacionales s/ medida cautelar autónoma"* (FGR2333/2015, sent.int.C109/16 del 5 de abril de 2016, entre muchos otros).

Bajo tales pautas observo que de la exposición de los hechos efectuada en el escrito inicial, surge la estrecha vinculación entre la acción deducida contra el Estado Nacional (Ministerio de Defensa y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural -Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI)-) y el Congreso de la Nación Argentina, como también contra la firma "Arelauquen Golf & Country Club SA".

Es así que erró el juez al disociar o escindir los objetos de la pretensión deducida y entender en relación al entablado contra ese último que versaba por una servidumbre de paso que reclama la accionante sobre un terreno de propiedad privada, hacia un particular, concluyendo que la acción a fin de hacer valer el derecho

USO OFICIAL



real de servidumbre era de naturaleza civil, regido por leyes comunes.

En efecto, de acuerdo a la reseña efectuada al inicio de la presente, surge de lo consignado en el punto f) del capítulo I. "Objeto I.A Determinación del objeto", que los actores pretenden de aquella la restitución de la posesión de los lotes 19-2G-G10-03A y 19-2H-H10-01- que, tal lo expresado en la demanda, pertenecen al Estado Nacional y sobre los cuales también versa el reclamo promovido en autos contra este último y el Congreso Nacional. Y, por otra parte, según el punto g), se persigue la restitución del paso que, de acuerdo a lo relatado, resulta necesario para poder acceder a ese territorio.

Lo señalado sirve para confirmar, en esta instancia inicial del proceso, 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 -también por lo apuntado el inicio de éstas consideraciones- resulta federal.

Lo expuesto resulta suficiente para revocar la declaración de incompetencia parcial, debiendo el magistrado sustanciar el proceso sobre este tramo del reclamo y expedirse sobre las cautelares solicitadas en el capítulo I.C. del escrito inicial.

6. En cambio, distinta solución debería adoptarse en cuanto al trámite que el juez asignó a este proceso en función de la multiplicidad de objetos demandados, su





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

complejidad, el monto reclamado en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de accionados y terceros cuya citación se pretende a fin de intervenir; aspectos todos estos de los que se desentendió el recurrente.

Veo que en el recurso solo se planteó la entidad de los derechos afectados para no acudir a la vía ordinaria y, sobre la complejidad de la prueba a producirse en autos evaluada por el *a quo*, el apelante sostuvo que gran parte de la misma ya había sido presentada. Sin embargo, como surge del escrito de inicio -capítulo XVI-, esa parte también solicitó la producción de prueba instrumental dirigida a 11 dependencias -públicas y privadas-, informes socio-ambiental, socio-económico, socio-sanitario, sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres de la comunidad, informe sobre la situación de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, con entrevistas con los miembros de la comunidad en sus lugares de residencia y también con otros referentes familiares y/o allegados, a referentes comunitarios y de organizaciones barriales e indígenas, a docentes y miembros de establecimientos de salud, entre otros, complementado con pedidos de informes a instituciones y organismos que puedan estar vinculados; y testimoniales (9 testigos).

Sin desconocer el amplio marco protectorio con el que cuentan los derechos de los pueblos indígenas, tal como fue señalado por este tribunal en "Comunidad Mapuche Buenuleo c/ Estado Nacional -Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) s/ amparo ley 16.986" (FGR

USO OFICIAL



24326/2019/CA1, sent. int. C383/2020, del 17 de junio de 2020), el contexto antes descripto, que da cuenta de las complejidades que aquí se presentan y que bien fueron evaluadas en el pronunciamiento impugnado, resulta demostrativo que las cuestiones planteadas no pueden tramitar por la vía excepcional del amparo dada la necesidad de amplitud de debate y de prueba (Fallos: 307:178, 321:1252 y 323:1825, entre otros).

Como también en este punto lo postula el Fiscal General en su dictamen, no se advierte que asignándosele a las pretensiones ejercidas en la demanda el trámite ordinario -proceso de conocimiento pleno- pueda verse desvirtuado la protección judicial que se reclama.

No es mi intención, en el presente, ingresar al análisis de la calidad o carácter excepcional del amparo, de acuerdo a lo dispuesto por el art.2 inc.a) de la ley 16.986 en su compatibilidad con el art.43 de la Constitución Nacional. Pero en ese marco la propia Corte Suprema, intérprete natural de nuestro ordenamiento, ha mantenido el criterio según el cual "El amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita" (Fallos: 328:1708; 330:2800).





Poder Judicial de la Nación

Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

USO OFICIAL

Recuerdo que dijo este cuerpo -si bien frente a un rechazo *in limine* de la demanda y no frente a una readecuación- que el tribunal no era exigente en cuanto a la satisfacción del recaudo sobre la existencia de otras vías adecuadas para la protección de los derechos sino, tan sólo, requería efectuar *"una somera descripción de los hechos y su confrontación con la tutela que puede conseguirse con los remedios ordinarios, para convencer de que con su empleo no será posible, o será poco probable, la reparación del derecho que se dice vulnerado."* (*"Santarelli, Enzo Stefano c/ Universidad Nacional del Comahue Facultad de Derecho y Ciencias Sociales s/ amparo ley 16.986"*, FGR4061/2015, sent.int. del 8 de julio de 2015; reiterado en varios precedentes).

En esa línea advierto que en las razones que el amparista expuso a fin de descartar la vía ordinaria para poder obtener la protección pretendida, no está configurada la condición o presupuesto de irreparabilidad del perjuicio, por lo que concluyo que es en el ámbito de un proceso de conocimiento pleno en donde deben ventilarse los asuntos y conflicto traído por la parte actora.

Por lo tanto, propongo al acuerdo rechazar este tramo del recurso.

El doctor Mariano Roberto Lozano dijo:

Coincido con la solución expuesta en el voto que antecede y me expido de igual forma.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL RESUELVE:**

I. Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, revocar la resolución



de fs.128, con los alcances fijados en el último párrafo del capítulo 5 del primer voto;

II. Registrar, notificar, publicar y, oportunamente, devolver al juzgado de origen a los fines de que se sustancie el juicio y se expida sobre las cautelares solicitadas.

