

NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2024.

**Y VISTOS:**

En Acuerdo estos autos caratulados: "**GALVAN CAROLINA Y OTROS C/ ROSALES DIEGO MARTIN Y OTROS S/ INTERDICTO**", (JNQC12 EXP N° **549857/2022**), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

**I.-** Se dictó resolución ordenando la suspensión del trámite de las actuaciones mientras dure la emergencia declarada por la ley 26160 y sus prórrogas.

La parte actora interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, y en razón de haber sido rechazado el primero, se concedió la apelación que aquí habrá de tratarse.

En ese sentido, y mediante la presentación web 455189 de fs. 190/192, los actores recordaban que la acción intentada tiene por objeto el cese de los actos turbatorios de la posesión que denuncian realizados por los accionados en cuanto personas físicas, en forma individual.

Sostuvieron que la decisión atacada omitió considerar que no se busca ni el desalojo ni la exclusión de los demandados, sino el cese de aquellos actos.

Los recurrentes aludieron a las pruebas documentales que darían sustento a su afirmación de que actualmente la posesión es ejercida por ellos, enumerando en tal sentido el título de propiedad y la inscripción registral del mismo y la mensura catastral correlativa, aspectos que, afirmaron, cabe subsumir en la presunción de posesión del artículo 1914 del CCyCN, .

Argumentaron también que la posesión que invocan es a título de dueños, sin que esa posesión pueda coexistir con otra de igual categoría de conformidad al art. 1913 de aquel cuerpo legal.

Agregaron que también se acompañaron como prueba acuerdos por el derecho real de servidumbre administrativa hidrocarburífera; constancias de la existencia de la pista y la autorización de la ANAC para operarla y evidencias de los actos administrativos vigentes en relación a esas circunstancias.

Invocaron que hay un reconocimiento expreso de los demandados y de la supuesta comunidad respecto de la posesión de los actores en el acuerdo de mediación penal del 19 de enero de 2022 en el que se comprometieron a retirar la construcción ubicada en el predio de propiedad privada de la familia Galván, cuestión que se concretó y fue acreditada judicialmente.

En igual orden de ideas aludieron a la existencia de otras actuaciones fiscales emitidas en torno a la restitución del predio a los actores y constancias de la causa penal que prueban el ejercicio de la posesión y la defensa de la misma para repeler los actos turbatorios.

Expusieron que de conformidad al art. 1914 del CCyCN, su parte cuenta con el título de propiedad y ello impone la presunción de la posesión.

Señalaron que la acción intentada se establece para el caso de inminencia sin desplazamiento de la posesión y sin turbación, y ante la eventual reiteración de actos turbatorios, aunque estos no se concreten o no persistan los concretados, de modo que en este marco no procede 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.

Expusieron que en orden al relevamiento territorial cada una de las partes debería respetar su posesión hasta tanto se resuelva esa circunstancia, subrayando que en relación al mencionado relevamiento de la ley 26.160, tampoco los demandados acreditaron estar alcanzados por el mismo, ni la supuesta

comunidad, sin personería, estar incluida en la nómina de comunidades alcanzadas por la Ley 26.160 en la provincia de Neuquén.

Reprocharon un razonamiento contradictorio por parte de la jueza al haber rechazado la medida cautelar solicitada por su parte con el argumento de no estar acreditada la posesión y luego suspender el proceso asumiendo que la supuesta comunidad es poseedora ancestral (ley 26.160).

Mediante la presentación web 474117 se presenta el letrado Jorge Lautaro Nahuel invocando la gestión procesal de la Comunidad Mapuche Lof Fvta Xayen, Diego Martín Rosales, Martín Mardones, Liliana Romero, Luis Gilberto González, y Horacio Romero, para contestar los agravios.

La mencionada gestión procesal en los términos del art. 48 del CPCyC no fue ratificada.

II.- Ingresando en análisis de los agravios encuentro que corresponde efectuar una precisión inicial.

En tal sentido, la contestación de los agravios no fue ratificada de modo tal que corresponde declarar la nulidad de lo actuado por el gestor en ese sentido.

Así, hemos tenido ocasión de señalar: *"... que el Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que los únicos legitimados por la ley adjetiva para la promoción de una acción judicial, en defensa de sus intereses, son sus titulares, o bien sus representantes legales o personas facultadas procesalmente para actuar (cfr. R.I. n° 156/2014 del registro de la Secretaría Civil, autos "Arguello y otros c/ Mastrovalerio").*

*Agrega el Alto Cuerpo que la vigencia de la gestión procesal está condicionada al requisito de que se acredite la representación que se invoca o que se produzca la ratificación de lo actuado dentro de un plazo determinado, por lo que al invocarse*



*la calidad de gestor procesal y ser tenido en tal carácter, corresponde declarar oficiosamente la nulidad de lo actuado por el gestor procesal ante la falta de ratificación oportuna (cfr. fallo citado).*

De igual modo, la Corte Suprema ha señalado que: *"... en razón de haber transcurrido el plazo concedido por esa norma sin que los interesados hubiesen ratificado la gestión o la representante acompañado instrumentos que acrediten su personería, corresponde invalidar su actuación pues, según lo ha decidido esta Corte, el plazo de 40 días hábiles contados desde la primera presentación del gestor es perentorio y fatal, y las ratificaciones posteriores de fs. 29 y 30 no purgan el vicio de nulidad derivado de su vencimiento (arg. causa G.609.XXXIX "González, Rolando c/ Don Rolo S.A." del 16 de marzo de 2004, considerando 4°) (\*)" ...("SORIA OLGA BEATRIZ C/ SORIA ROMINA BEATRIZ S/ ACCION REIVINDICATORIA", (JNQCII1 EXP N° 540266/2020)29/9/2021 de esta Sala)*

Asimismo, y del examen de las actuaciones se advierte que la presentación web 433617 del mismo letrado e invocando igual representación y gestión, mediante la cual la jueza de grado re-evaluara una decisión anterior y en definitiva ordenara la suspensión del proceso que viene cuestionada a esta instancia, tampoco fue ratificada.

Sin embargo, y aun cuando podría predicarse la nulidad de esa actuación, hay dos razones que igualmente me llevan a examinar esa decisión.

Por un lado, al contestar la demanda -fs. 156 del 7 de diciembre de 2022- , invocando también gestión procesal, pero en ese caso ratificada, ya estaba presente el pedido de suspensión en los términos del art. 2 de la ley 26.160 -fs. 157-.

Por otro lado el art. 6 de la misma norma establece que se trata de una ley de orden público, y de conformidad al criterio que a través de distintos precedentes ha venido delineando

el Tribunal Superior de Justicia en relación a distintos planteos a la luz de esa normativa, no abordar en esta instancia la suspensión ordenada por la cuestión de la gestión que no fue ratificada en la segunda ocasión señalada, y decretar la nulidad de la resolución dictada a raíz de ello transformaría a la decisión en dogmática.

Asimismo, una decisión en tal sentido atentaría contra razones de economía procesal evidentes, pues de conformidad al carácter de orden público aludido nada obstaría a que se re-editara el planteo.

En consecuencia, y con la salvedad señalada, he de ingresar en el tratamiento del recurso el cual adelanto habrá de tener favorable acogida.

La ley 26160, en su art. 1, dispone: *"Declárase la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años."*

El art. 2 señala: *"Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art. 1°."*

*La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada".*

En tal sentido del texto de la ley cabe concluir que lo que suspende **es la ejecución** de las sentencias actos procesales o administrativos que importen un desalojo o desocupación de tierras cuya propiedad ancestral se encuentre fehacientemente acreditada, y, si bien se lee, esa previsión supone haber transitado u proceso judicial.

Lo dicho encuentra refuerzo en el criterio expuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia en el caso "HERRERA BERNABE C/ BARRA ROSALÍA ESTER Y/O QUIENES SE ENCUENTREN DETENTANDO LA POSESIÓN S/ INTERDICTO" Expte. 60-2014, acuerdo 21 del 4 de septiembre de 2017, decisión que se adoptara luego de tramitado el proceso con su correspondiente tramitación probatoria y en el marco de un interdicto de recobrar, pues se trataba de una pretensión en la que la comunidad reconocía la posesión por parte del actor aunque cuestionaba su legitimidad y en ese marco había ocupado las tierras, de modo que para el cumplimiento de la sentencia que acogiera el interdicto era requisito desalojarlos.

En aquella ocasión el vocal Oscar Massei expresaba: *"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"*.

En el presente caso esa circunstancia aparece controvertida, pues lo intentado es un interdicto de recobrar, cuestión que en principio no supone un desalojo pues no habría mediado ocupación sino actos turbatorios de la posesión que alegan los actores.

Acentúo el carácter de que en principio ello es así, pues en el estadio procesal que nos encontramos efectuar una afirmación concreta resultaría no solo prejuzgar sino aventurar un resultado que solo será posible alcanzar una vez tramitado el proceso.

En este punto entiendo que cobran virtualidad las reflexiones del vocal Moya en el mencionado antecedente cuando, no obstante compartir los fundamentos de Massei, agregaba: *"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....”



Como es posible advertir de las consideraciones transcriptas, y de una atenta lectura de ese precedente, la decisión fue posible luego de considerar cuestiones probatorias que solo pueden tener lugar en un proceso judicial.

En igual sentido es posible concluir del voto del vocal Mazieres en el reciente pronunciamiento del mismo cuerpo en autos "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INTERDICTO" (Expediente JNQCIA4 N° 518.856 - Año 2017); "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 518856/17" (Expediente JNQCIA4 INC N° 43.776 - Año 2018) y "CLUB DE CAZA, PESCA Y NÁUTICA MARI MENUCO c/ COMUNIDAD MAPUCHE KAXIPAYÑ s/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN (PPAL N° 43776/2018)" (Expediente JNQCIA4 INC N° 44.213 - Año 2022), acuerdo 12 del día 12 de septiembre de 2023: *"Por último, estimo importante recordar que nos encontramos ante un interdicto de retener iniciado en el año 2017 al que se le aplican, como lo indica el ritual, las normas del proceso sumarísimo. Por ende, atento el tiempo transcurrido desde su inicio, cabe exhortar a las partes para que hagan un mayor esfuerzo de modo que las actuaciones queden en condiciones de dictar sentencia o la resolución que corresponda a la situación actual existente -a tenor del acuerdo alcanzado por ellas en el mes de septiembre de 2021"*

De las consideraciones transcriptas, entiendo cabe concluir que la suspensión del proceso en tan temprano estadio aparece prematura y no se condice ni con el espíritu de la ley 26160 ni tampoco con la garantía constitucional de acceso a la justicia.

Es que en el marco descripto y ante una aparente tensión entre los derechos de las comunidades indígenas y el derecho de acceso a la jurisdicción, ambos claramente consagrados en cuanto a una amplia protección en la constitución nacional y en la provincial, la necesidad de que la decisión que zanje esa cuestión se de en el marco de un proceso judicial aparece

ineludible y su suspensión carece de no solo de sustento legal, sino de sentido en el marco del Estado de Derecho.

En "Constitucionalización del Derecho y recodificación del Derecho Privado" Andrea Meori y Mario Chaumet reflexionan: *"El rol de la adjudicación judicial en la producción jurídica se acrecienta si reparamos que una de las transformaciones que vive el derecho continental de nuestros días consiste, precisamente, en una notoria incidencia de los "principios jurídicos" y el rol de las constituciones en la aplicación judicial del derecho."*

*"...En este marco, cabe preguntarnos cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican las decisiones judiciales. En nuestros días y en respuesta a esta pregunta, es frecuente encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales de todas las ramas del derecho que vienen justificadas directamente desde "principios" constitucionales."*

Seguidamente y recordando lo expuesto por el Dr. Ricardo Lorenzetti, en relación a lo que fuera el Anteproyecto del CCyCN exponen: *"La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece **una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.** Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado"*.



*"..también deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No consideramos conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico"*

Luego de un examen pormenorizado de conceptos relacionados con la ponderación, los principios y las dificultades que todo ello importa para una decisión judicial que no resulte una mera arbitrariedad o la interpretación subjetiva del Juez enfocan: *"El modelo del Estado Constitucional exige una argumentación jurídica de carácter discursiva e intersubjetiva para la adjudicación judicial. Se sustituye la perspectiva monológica por la dialógica, asumiendo una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico. Cada día más se hace evidente que el "[e]l juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público". La conciencia del juez se convierte en conciencia pública.*

*"En otros trabajos ya hemos señalado que el debate forense, el proceso, no es ajeno a esta dialéctica. En efecto, si no se quiere caer en posturas en donde cualquier idea de certeza se estime como carente de referencia sólida y rebajada a puro mito, pura ideología (que el único método sea la libérrima conciencia decisoria, el juez dueño y señor del derecho), si es menester asumir una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico y exigir a los jueces una mayor justificación de sus decisiones, habremos de detenernos en esa dialéctica, en el aspecto confrontativo del discurso,*

especialmente **si reivindicamos la vigencia y significación del contradictorio en el ámbito del derecho procesal .**

*"...Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, si la propia consecuencia jurídica constituye un abanico de opciones para el juez, entonces los protagonistas del debate procesal deben tener la posibilidad de decir algo al respecto y, si ése es el caso, el juez debe incluir esos argumentos en su decisión, ora asumiéndolos como propios, ora refutándolos adecuadamente ."*

Por último: **"Si convenimos en que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurren activamente a su interpretación, se impone que deban participar "el peticionario y la contraparte, el recurrente (p. ej., en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición (‘diálogo jurídico’)". En suma, "el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían".**

*"...Nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo. Copiando a Damaška diremos que cuanto más fuerte sea la "voz" de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta. La perspectiva dialéctica de la argumentación, no solo ayuda a preservar la imparcialidad judicial, permite asumir la intersubjetividad y es necesaria para la racionalidad de la adjudicación judicial." ("Constitucionalización del derecho y recodificación del Derecho Privado" Chaumet, Mario E. y Merói, Andrea A. SJA 2014/02/26 , 35 • JA 2016-I ).*

En consecuencia y por todo lo expuesto, he de proponer que se haga lugar al recurso y se revoque la decisión apelada en cuanto suspendiera el trámite de las actuaciones, decisión que de



quedar firme importará que vuelvan las presentes a la instancia de grado y prosigan según su estado, debiendo resolverse concretamente la participación de la Comunidad mapuche Lof Fvta Xayen.

**La jueza Patricia CLERICI dijo:**

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

**I.- Revocar** la decisión del 25 de abril de 2023 que ordenó la suspensión del trámite del presente.

**II.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.-

**Dra. PATRICIA CLERICI Jueza  
Juez**

**Dr. JOSÉ NOACCO**

**Dra. VALERIA JEZIOR  
Secretaria**