--- En la ciudad de Trelew, a los 04 días de febrero del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “P., C. c/ INSTITUTO AUTARQUICO DE COLONIZACIÓN Y FOMENTO RURAL (I.A.C.) s/ acción de amparo” (Expte. Nº 22.277 – año 2007) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, SEGUNDA: ¿Deben modificarse los honorarios profesionales apelados? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 558.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, dijo el Dr. Ferrari: I. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 387/402) rechazó la acción de amparo entablada y no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de la Ley N° 4013 ni a la nulidad de la inscripción efectuada bajo el N° 5 – Folio 6 del Libro I – Tomo I del Registro de Comunidades Aborígenes de la Escribanía General de Gobierno, imponiendo las costas por su orden. II. En esencia, los fundamentos del fallo son los siguientes: 1) el amparista se encuentra legitimado para promover esta acción por cuanto: a) ha afirmado que integra la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada, Cerro Bayo y Gorro Frigio, circunstancia que se confirma con las constancias de la causa; b) los arts. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y 34 de la Constitución Provincial garantizan el derecho de los pueblos indígenas argentinos a tomar participación en las cuestiones que afecten sus intereses; c) en consecuencia, C. P. tiene un interés legítimo en instar la actividad jurisdiccional y obtener una decisión de mérito en lo que entiende ha sido una vulneración a los derechos del grupo que integra y, en lo personal, dada su condición étnica y haber probado que en la tierra en litigio existe un enterratorio en el que yacen los restos de familiares. 2) No obsta a lo expresado en el punto anterior el planteo de inconstitucionalidad de la Ley Provincial N° 4013 y el pedido de nulidad de la inscripción en el R.C.A. de la Escribanía General de Gobierno por el que se otorga personería jurídica a la citada Comunidad Aborigen –ambas articulaciones efectuadas por el tercero citado al proceso, Sr. C. R. – por cuanto considerar si el pueblo mapuche es un pueblo originario o no, si es acreedor a la protección constitucional o no debería serlo, son cuestiones que exceden ampliamente la acción de amparo interpuesta, caracterizada por su marco limitado de conocimiento, acotado en su objeto; máxime teniendo en cuenta que el Estado le ha otorgado o reconocido su personería jurídica, de lo que se infiere que en su oportunidad ha realizado un análisis de mérito suficiente para arribar a tal resolución. 3) Ingresando al fondo de la cuestión, el amparista entiende que el IAC ha realizado actos ilegales y arbitrarios que afectan básicamente el derecho de integrantes de la citada Comunidad Aborigen, irregularidades que se reflejan en el procedimiento seguido en el expediente administrativo N° 68063/44, por lo que solicita se declare la nulidad absoluta de la Resolución N° 60/07, así como de todo acto administrativo o cualquier tipo de impulso de la actividad del organismo demandado que constituya una violación de los derechos alegados. Al respecto, la sentenciante a quo, con citas de la C.S.J.N., considera que el acto administrativo erróneo pero respetuoso de los requisitos constitucionales no configura una nulidad absoluta sino relativa, es decir, un acto anulable, por lo que no corresponde cuestionar en esta instancia la adjudicación en venta de las tierras en litigio al Sr. V. P. ni los derechos que en consecuencia le fueron transmitidos a sus herederos. Sí cabe analizar en cambio la resolución del IAC N° 60/2007 por la que, entre otros aspectos, se toma razón de la declaratoria de herederos de don V. P. y M. H., se aprueba la cesión de derechos y acciones hereditarias efectuada por los herederos a favor de C. R. y se le adjudica a este último la tierra en litigio. En este aspecto, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 25, 28, 39 y 42 de la Ley N° 3765, de la Resolución N° 60/07 no se desprende que previo a su dictado se le hubiere corrido vista a la Comisión de Tierras Indígenas ni que la presentación efectuada por el actor haya dado lugar a resolución alguna. El interrogante a responder, en suma, es si la falta de dictamen previo por parte de la citada Comisión acarrea la nulidad de dicha resolución, en el marco de esta acción de amparo y de los antecedentes del caso. En este orden, comienza por referir que el dictamen establecido en el art. 39 de la Ley 3765 no importa un acto decisorio sino consultivo y que, conforme lo previsto por el art. 42 de dicha ley, hasta tanto se ponga en funcionamiento la Comisión de Tierras Indígenas, dichas resoluciones están sujetas a revisión. Realiza a continuación una reseña de diversas circunstancias emergentes de la causa para señalar que no se evidencia con claridad qué es lo que ha ocurrido durante todo este tiempo en cuanto al acceso al lugar por parte de la comunidad, ni se aprecian elementos que demuestren de modo manifiesto la ilegalidad o arbitrariedad del acto cuestionado. Por último, con citas de doctrina y jurisprudencia, la juzgadora arriba a la conclusión de que la acción de amparo resulta improcedente cuando no se trata de cuestiones en las que surja con total nitidez la ilegalidad o arbitrariedad invocadas sino que se trata de temas opinables o cuestiones que requieren de mayor debate o prueba, por lo que en el caso no se dan los presupuestos que ameriten la procedencia de la acción promovida, disponiendo por ello su

rechazo, con costas en el orden causado.---------- III. Los agravios vertidos por la parte actora: ---------- Sintéticamente, los motivos de agravio expresados en la pieza recursiva (fs. 417/426) son los siguientes: 1) Autocontradicción: la sentencia es autocontradictoria al tener por acreditada la legitimación activa del amparista con fundamento en las normas constitucionales, para luego apartarse completamente de dicho plexo normativo y afirmar que el asunto requiere mayor ámbito de debate y prueba. Ambas aseveraciones son incompatibles. 2) Errónea determinación del tema a decidir – abandono de la función judicial: Es erróneo ceñir la decisión a la falta del dictamen previsto en la ley 3765; el tema a decidir es si el accionar estatal, prescindiendo absolutamente de la normativa indígena, ha actuado conforme a derecho. De los tres ejemplos citados en el fallo como categorías para decidir la nulidad de un acto administrativo, el caso planteado encuadra en dos: a) se vulnera el orden público, al violentarse disposiciones de carácter constitucional y b) se vulneran las formas, ya que la participación indígena es una herramienta procedimental que debe considerarse complementaria de toda tramitación administrativa, judicial o incluso legislativa. 3)Apartamiento del plexo normativo aplicable al caso: la inaplicación las normas tuitivas de los pueblos indígenas implica una grave afectación de los derechos invocados, al violarse expresas disposiciones de carácter federal (Const. Nac., art. 75, inc. 17; Convenio 169 de la OIT aprobado por ley 24.071 y ratificado en julio de 2003 por la Argentina – Ley 26.160 de propiedad comunitaria). La sentenciante hace referencia a una notificación recibida en 1978 por el amparista en el marco del expediente 68.063/44 IAC 2922 y con ello pretende acreditar que el Sr. P. sabía de la existencia de dicho expediente, y en el mismo sentido, la parte contraria y el tercero han pretendido dar carácter de “actos propios” a actuaciones del actor anteriores a la reforma constitucional, sin considerar que por entonces cualquier miembro de las comunidades indígenas carecía de posibilidades de hacer valer sus derechos y que la reforma constitucional de 1994 implicó cambio radical del trato dispensado a los pueblos indígenas. 4) Violación de la garantía federal de amparo y del acceso a la jurisdicción: a partir de la reforma de 1994 el amparo ha dejado de ser una vía excepcional para convertirse en la acción y en el derecho que garantizan las Constituciones Nacional y Provincial para todo caso en que se encuentre vulnerado un derecho constitucional, de un tratado o de una ley, siempre que se verifiquen sus requisitos. Si se aceptara la postura sostenida en el fallo, siempre que se controvirtiera la pertenencia étnica y cultural o la “argentinidad” de un pueblo indígena, se impediría a los indígenas acceder a la vía del amparo, con grave afectación de sus derechos constitucionales. Por otra parte, la ley de amparo local en su art. 7 prescribe que en el supuesto en que el rechazo del amparo se fundare en la existencia de un medio judicial más idóneo, el juez lo individualizará. En el caso la juzgadora no sólo no lo ha individualizado, sino que el mismo efectivamente no existe, pues la única vía alternativa –juicio contencioso administrativo- no brindaría una respuesta efectiva, ya que al tratarse de un tribunal colegiado, ello impediría el dictado de una medida cautelar que congele a tiempo la situación para evitar la adquisición de derechos reales sobre el predio por parte de R. y evitar frustración total del derecho invocado. 5) Violación del acceso a la justicia consagrado en las normas internacionales: cita al efecto lo dispuesto en los arts. 10 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los arts. 8 y 25 de La Convención Americana sobre D. Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y normas complementarias. 6) Errónea interpretación acerca de los requisitos y alcances del amparo: en la causa –sostiene el recurrente– obran todos los elementos necesarios para resolver el caso. La sentencia da por acreditados la legitimación activa del amparista, su pertenencia a la Comunidad indígena invocada y la falta de participación indígena previa al dictado de la Resolución 60/07, e incluso que no se realizó la “revisión” a la que alude el art. 42 de la ley 3765, pese a la presentación administrativa efectuada por el amparista. Se pregunta entonces qué otra probanza o elemento le faltaba a la causa para hacer lugar al amparo, afirmando que resulta difícil encontrar un incumplimiento estatal más notorio y acreditado, lo cual demuestra la arbitrariedad del fallo apelado. 7) Indebida sujeción al régimen civil: el juez de la sucesión no tiene competencia para decidir sobre la administración y adjudicación de la tierra “fiscal”, por lo que el IAC podía y debía respetar los procedimientos que surgen de las normas indígenas. Corresponde aquí aplicar –asevera– la doctrina del Superior Tribunal de Justicia en un precedente en el que sostuvo que a la tierra fiscal no le son aplicables las reglas del Código Civil, sino que son aplicables “...las leyes de tierras que se dicten al efecto, las que establecerán su régimen jurídico”. Entre ellas se encuentran la Constitución Nacional y Provincial, el Convenio 169 de la OIT y numerosas normas nacionales y provinciales que garantizan la consulta y participación indígena y promueven el acceso a la propiedad de la tierra, no sólo las tradicionalmente ocupadas, sino también de otras “aptas y suficientes” para el desarrollo de las comunidades. 8) Omisión de considerar la situación de la niñez afectada y la violación del derecho a la libertad de culto y a la memoria de sus antepasados: el actor invocó la legitimación individual, familiar y comunitaria, y en acápite particular, se invocó la afectación del derecho de los niños, que al no

poder acceder a los lugares establecidos por la comunidad para el respeto a la memoria de sus ancestros, ven lesionado gravemente su derecho a la identidad y a la reproducción de las pautas culturales. Por tal motivo se le dio intervención al Sr. Asesor de Familia, quien dictaminó a favor de la medida cautelar y de la admisibilidad de la acción de amparo. Durante el curso del proceso se demostró que actualmente hay al menos dos niños de la comunidad. Sin embargo el Asesor de Menores se olvidó de quiénes eran sus representados y dictaminó el rechazo de la pretensión, por lo que la situación de los menores ha quedado completamente soslayada con el dictado de la sentencia. 9) Apartamiento de las constancias de la causa: es falso que, como señala la sentenciante, existan dudas acerca de cuál es la situación en que se encuentra el acceso al enterratorio indígena por parte de P. y el resto de los vecinos. Conforme a la denuncia contenida en la demanda, el amparista expresó que la situación reinante ha impedido que puedan descansar en paz los restos del recientemente fallecido hermano del actor. 10) Citas inaplicables: el fallo contiene citas inaplicables al caso, las que son señaladas por el apelante. 11) La negación de los derechos del pueblo mapuche con motivos de “extranjeridad” es un absurdo: El Convenio 169 de la OIT (arts. 1.1.b y 1.2) torna completamente irrelevantes argumentos históricos como el de la “nacionalidad”, y el aditamento “argentinos” en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional fue agregado al solo fin de resguardar la cuestión de la “independencia” de los pueblos, del mismo modo que el agregado al Convenio 169, con el fin de impedir que el término “pueblos” se vincule a “libre determinación” en el sentido de “independencia”.---------- Cita doctrina y jurisprudencia, mantiene la reserva del caso federal y denuncia la arbitrariedad de la sentencia, solicitando se revoque la misma con expresa imposición de costas.---------- IV. A fs. 413/414 y a fs. 415/416 las representaciones letradas del tercero citado y del IAC apelan el fallo en cuanto a la carga en costas y al monto de los honorarios profesionales. A fs. 474 la Dra. P apela sus honorarios por bajos.----------

--- V. La legitimación para obrar: ---------- La sentenciante ha tenido por acreditada la legitimación del amparista para promover el amparo, requisito sustancial de admisibilidad que fuera objetado a través del planteo opuesto por el tercero citado al proceso, quien consideró que el actor carecía de legitimación activa. Y si bien este último no ha podido apelar el fallo en cuanto al fondo de la cuestión por haberle resultado favorable, corresponde examinar la cuestión en esta sede en virtud del principio de apelación implícita (conf. esta Cámara, Expte. 17339 C.A.N.E. – S.D.L. 34/01; entre otros); además, por cuanto así lo ha planteado en forma expresa en su pieza de fs. 527/548 vta., introducida a esta Alzada en ejercicio de la facultad conferida por el art. 11 de la Ley 4572.----------

--- En concreto, la alegación del tercero acerca del origen de la comunidad mapuche finca en que no se trataría de un pueblo originario, sino de advenimiento ulterior a la existencia de la Nación, por lo que no se hallaría amparado por la tutela constitucional, dado que el inciso 17 del art. 75 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas “argentinos” y no de aquellos que ingresaron al país con posterioridad a su organización como estado nacional. Sin embargo este planteo –de indudable trascendencia desde el punto de vista social, histórico y político– no puede ser dilucidado en la presente causa, ya que se trata de una alegación que debía ser probada por la parte interesada, quien a tal efecto ofreció la realización de una pericia que no llegó a producirse en este proceso debido a las circunstancias ya señaladas por el Cuerpo en el auto interlocutorio N°3/08 (fs. 555/557).----------
En efecto, como puede observarse, al abordar dicha encomienda, el perito incursionó en una serie de consideraciones teóricas referidas a ese hecho controvertido (fs. 437/455), mas lo cierto es que, según surge de sus propias expresiones, no llegó a completar las imprescindibles tareas de campo y de recolección de datos necesarios para pronunciarse sobre el caso concreto. De tal manera, claro está que dichas formulaciones genéricas no pueden siquiera ser valoradas como pauta de apreciación para decidir el punto por parte de este tribunal, ya que dicho informe preliminar o “avance de pericia” no constituye un dictamen pericial propiamente dicho, careciendo en consecuencia de los requisitos exigidos por las normas adjetivas para su eficacia probatoria (conf. arts. 472, 477, C.P.C.C.; su doctrina).----------
-- Por la misma razón, tampoco puede hacerse mérito de la presentación efectuada por el consultor técnico designado a propuesta del tercero, Dr. Rodolfo Casamiquela, quien en pieza anterior a la fecha prevista para la práctica de la pericia (fs. 219/228) formuló una serie de puntualizaciones de indudable interés científico en referencia a este tópico. Sabido es que la función del consultor técnico está bien determinada en el Código Procesal y constituye una figura de carácter auxiliar y facultativo, que obra en interés y defensa de la parte que lo designa (conf. Palacio, L., “Manual de Derecho Procesal Civil”, t. I, pág. 591, 1983; id. Carnelutti, “Instituciones...”, t. I, pág. 188; doctr. art. 458, ss. y conc., C.P.C.C.). Su actuación, por tanto, está

limitada en esencia a: 1) presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que considere pertinentes (art. 471, 2do. párrafo, C.P.C.C); 2) presentar, por separado, su respectivo informe en base a la pericia practicada, dentro del mismo plazo fijado para el perito y con los iguales requisitos (art. 472, 2do. párrafo, C.P.C.C.); 3) formular observaciones ante la pericia en referencia a las explicaciones ordenadas por el juez al perito (arts. 473, 2do. y 3er. párrafo y 474, C.P.C.C.). De ello se extraen dos consecuencias básicas: a) el informe del consultor técnico no es jurídicamente equiparable a una pericia, ya que esta última sólo puede ser practicada por el perito designado en la causa (conf. art. 471, primer párrafo, C.P.C.C.); b) si no se lleva a cabo la práctica pericial, tampoco corresponde la emisión de un informe por parte del consultor técnico, ya que éste debe referirse a la prueba pericial realizada. En consecuencia, dado que en autos dicho medio probatorio no fue llevado a cabo sino con carácter meramente preliminar e incompleto, no corresponde valorar en consecuencia ninguna de las piezas ya mencionadas, por no tratarse de prueba producida en los términos previstos en los arts. 378, 386, 471, 472, 477 y conc., C.P.C.C.---------- En vista de lo expresado hasta aquí, queda de manifiesto que el tercero no ha conseguido demostrar adecuadamente en autos el hecho histórico en el que fundó el planteo de falta de legitimación para obrar.---------- Por otra parte, tampoco es factible atender al planteo de inconstitucionalidad de la Ley Provincial N° 4013 y al pedido de nulidad de la inscripción en el R.C.A. de la Escribanía General de Gobierno a través del cual se otorgó personería jurídica a la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada, Cerro Bayo y Gorro Frigio (Expte. 00877-GB-95 – Reg. N° 5 – F° 6- conf. constancias de fs. 338/344). Una decisión sobre el punto, en el hipotético supuesto de prosperar, afectaría sus intereses, por lo que está claro que el planteo no puede ser válidamente abordado en esta causa sin la debida participación de dicha persona jurídica a esos fines, pues de lo contrario se afectaría en forma insanable su derecho constitucional a la defensa en juicio (conf. art.18, Constitución Nacional; art. 89 C.P.C.C.; su doctrina). En este orden, si bien el actor ha invocado los derechos que le asisten como integrante de esa comunidad, la actuación promovida en defensa de un interés legítimo compartido con otros (de pertenencia difusa o derechos de incidencia colectiva) no puede equipararse a debatir, en cambio, la existencia misma de una persona jurídica de representación colectiva, con autoridades propias que la representan legalmente según sus estatutos (en la especie, el Presidente o quien designe a tal efecto la Comisión Directiva; art. 19 del estatuto – fs. 342), pues una cosa es la invocación de derechos colectivos comprometidos y otra bien distinta un planteo referido exclusivamente a aspectos que comprometen en forma directa y concreta la existencia y personería jurídica de una asociación, cuya representación está claramente señalada en sus propios estatutos. Así, pues, en mi opinión, la falta de citación al proceso en tiempo oportuno a la nombrada agrupación a fin de que comparezca por sí en defensa de su personalidad jurídica impide un pronunciamiento acerca de las articulaciones de inconstitucionalidad y nulidad planteadas por el tercero, por lo que ha de estarse a la resolución oficial a tenor de la inscripción efectuada en la Escribanía General de Gobierno que le reconociera su existencia como comunidad aborigen, encuadrando de tal modo en la normativa tutelar de los intereses comunitarios indígenas reconocidos por la legislación vigente.---------- En síntesis, opino que el Sr. P. ha acreditado su calidad sustancial para solicitar la nulidad de la resolución N° 60/07 IAC, dada su reconocida pertenencia a la comunidad aborigen de Lagunita Salada, Cerro Bayo y Gorro Frigio y el interés que, en tal carácter, ha puesto de manifiesto. A mérito de estas circunstancias y de los motivos expuestos en la demanda, su legitimación halla sustento en las previsiones del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, art. 34 de la Constitución Provincial, arts. 38 a 42 de la Ley N° 3765 y arts. 3 y 21 de la ley N° 4572.---------- Sin embargo, es preciso aclarar que lo expresado en el párrafo precedente no implica la existencia de la alegada “autocontradicción” expuesta como primer motivo de agravio por el apelante. Al respecto, debo señalar que la legitimación para obrar y la atendibilidad de las pretensiones o defensas instauradas son conceptos bien diferentes. Así, desde el punto de vista procesal, un sujeto puede hallarse activa o pasivamente legitimado para litigar respecto de una relación jurídica sustancial, mas ello no significa que necesariamente le asistirá derecho en la postura asumida en el pleito; aspecto que, por obvias razones, quedará siempre supeditado a la apreciación y decisión judicial, atendiendo a los hechos controvertidos, a su prueba y a la subsunción jurídica de los mismos conforme a la ley aplicable al caso concreto.---------- Hecha esta aclaración preliminar, abordaré a continuación el tratamiento de las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.---------- VI. Los derechos presuntamente afectados: ---------- La reclamación del amparista se sustenta en base a una ocupación de la comunidad aborigen en tierras donde se asienta, entre otros, el lote en cuestión. Afirma que esa ocupación es preexistente, anterior al fraccionamiento y que los actos

administrativos –en particular, la resolución 60/07 del IAC- que involucran a dicha tierra comunitaria son violatorios de sus derechos. Afirma además que uno de los modos en que puede conocerse la ocupación territorial de los P. es la existencia en ese predio de un “chenque” o enterratorio indígena donde están sepultados los restos de miembros de la familia. Sostiene que el impedimento de acceso a partir de que el Sr. R. se ha pretendido adueñar del lote representa para la familia P. y para la comunidad aborigen un afrenta a sus derechos religiosos y culturales que no puede satisfacerse con una autorización “amistosa” que concedería el nombrado para que los P. puedan acceder al cementerio.----------
A partir de esta situación sustenta el pedido de nulidad de la resolución administrativa N° 60/07 del IAC, dado que a la mencionada comunidad no se le acordó la participación previa para emitir el dictamen obligatorio establecido por el art.41 de la Ley 3765, por lo cual dicho acto carece de uno de los elementos esenciales, por tratarse de una forma requerida bajo sanción de nulidad.---------- VII. Los hechos alegados y las pruebas rendidas: ---------- a) La posesión comunitaria: ---------- En primer lugar, debo decir que no existen probanzas útiles aportadas a la causa que acrediten la posesión –sea del lote en disputa ni de las tierras aledañas al mismo– en forma comunitaria. Por el contrario, diversos actos administrativos (mensuras, permisos de ocupación y adjudicaciones en venta, etc.) demuestran que esa franja territorial ha sido objeto de ocupaciones a título individual desde hace varias décadas. En el mismo sentido pueden apreciarse los testimonios prestados en el curso del proceso, que corroboran esta modalidad de ocupación y explotación individual.---------- En este orden de ideas, pueden valorarse en primer lugar las declaraciones testimoniales que ilustran acerca de las modalidades de ocupación y explotación en esa zona rural. Así, el testigo S. L. D., ex inspector de tierras, al ser interrogado al respecto, refiere que las actividades de explotación ganadera de los pobladores de la zona son individuales y que cada cual comercializa sus productos en forma individual (resp. a la 7ma. preg., fs. 120). También relata que la división entre los predios de L. P. y V. P. fueron realizadas entre ambos de común acuerdo, alambrando los lindes en forma personal y con recursos propios (resp. a las preg. 14ta. y 15ta., fs. 120 vta.). Puntualiza además que tenían distintos boletos y señales de marca (resp. a las preg. 17ma., 18va.- misma foja). En idéntico sentido se expresa M. H., brindando a su turno referencias concretas acerca de la división de los predios (resp. a las preg. 12ma., 15ta., 16ta., fs. 124 vta.) las explotaciones llevadas a cabo en forma individual (resp. a las preg. 19na., 20ma., misma foja) y a los boletos y marcas propios (resp. a la preg. 21era., misma foja). Por su parte M. J., empleado de la demandada, tras relatar las características de la explotación ganadera de P. (resp. a las preg. 4ta., 5ta., 10ma., fs. 129), efectúa algunas disquisiciones sobre las modalidades de ocupación y explotación, señalando que los pobladores tienen sus propios predios; que en general siempre han venido a poblar solos; que después, con los años, sus hijos pueblan alrededor o se van instalando en distintos lados y que el IAC los ha tomado generalmente como pobladores a títulos individuales, salvo algunas comunidades con personería a las que se les ha otorgado títulos de propiedad de tierras fiscales (resp. a repreg. – fs. 129 vta.). En similar sentido se expide luego el testigo L. A. S. , inspector de tierras, afirmando que la explotación de V. P. era ganadera y que vivía en el establecimiento con su señora y otra señora más (resp. a las preg. 4ta. a 6ta., fs. 131).---------- El empleo de boletos de marcas y señales individuales se ve asimismo ratificado por el informe del Dpto. de Marcas y Señales obrante a fs. 168/169 y el informe del Juzgado de Paz de Lagunita Salada (fs. 207/209). En cuanto a la modalidad de las adjudicaciones en venta y permisos de ocupación a títulos individuales para los distintos pobladores en los parajes Chacay Oeste y Laguna Fría, Gorro Frigio y Cerro Bayo, resultan ilustrativos los informes de la Dirección de Tierras Nros. 13 (glosado a fs. 185/189), N° 107 (fs. 190/191) y N° 14 (fs. 192/193).---------- Con los elementos enumerados precedentemente no cabe sino descartar el argumento referido a una hipotética “posesión comunitaria” de la tierra, al menos en lo que refiere al lote que ha generado la disputa a raíz del dictado de la resolución N° 60/07 del IAC.---------- b) El llamado “chenque” o “enterratorio” aborigen: ---------- Según puede considerarse a través de las pruebas incorporadas al expediente, el conjunto de tumbas existente en el lote litigioso está muy lejos de constituir un “chenque” o “enterratorio indígena” de las características invocadas por el amparista. Se trata en cambio de un pequeño cementerio a la usanza cristiana, con cruces y túmulos calzados en ladrillo que contienen féretros (ver inspección ocular; acta de fs. 301/305 – fotografías de fs. 312/315). Por otra parte, esta modalidad de sepultar a los familiares fallecidos en las fincas rurales es de práctica usual en establecimientos alejados de los centros urbanos, y así lo testimonian, por ejemplo, M. H. (resp. a las repreguntas – fs. 124 vta.) y A.l C. (resp. a la 6ta. preg., fs. 126).----------
--- c) La imposibilidad de rendir culto a los antepasados fallecidos: ---------- Este argumento del amparista carece de un mínimo correlato probatorio. Por el contrario, según las propias

expresiones del escrito de demanda, existiría una “autorización amistosa” del Sr. Rechene para que los P. puedan acceder al cementerio (ver fs. 28 vta., infra). Dicha autorización se ve corroborada asimismo por los dichos de Margarita Huentelaf, quien tras manifestar que sus padres están sepultados en dicho cementerio, expresa que tiene acceso al sitio y puede ir allí cuando quiere, donde inclusive tiene pensado realizar mejoras como la colocación de “un mármol”... para “dejarlo bien” (resp. a la última pregunta, fs. 125).---------- d) Afectación de derechos de la familia y la niñez:---------- Como puede observarse, no existe la menor evidencia de que la familia P. haya tenido ni tenga actualmente dificultades u obstáculos para visitar el predio donde descansan los restos de sus antepasados. Luego, en cuanto a la alegada frustración de los derechos de los niños afectados en punto a su identidad cultural y racial o referidas al respeto a la memoria de sus ancestros, además de lo ya expresado anteriormente, conforme a la prueba rendida en el paraje “Cerro Bayo” existen dos menores de apellido R. , hijas de un miembro de la comunidad aborigen de dicho paraje, que asisten al establecimiento escolar de Lagunita Salada (ver inf. de fs. 175). Respecto de dichas niñas, además de no haberse acreditado que ellas tengan alguna relación concreta de parentesco con las personas sepultadas en el cementerio (de la inspección ocular no se desprende la existencia de fallecidos que respondan a dicho apellido - ver acta de fs. 301/305) ni que se les haya impedido el acceso al predio, tampoco se avizora en qué consistiría la concreta violación de los derechos aducidos, ya que en el curso del proceso tampoco se ha demostrado que en dicho cementerio se practiquen costumbres o ritos de culto mortuorio comunitarios –si los hay– de la comunidad aborigen de Cerro Bayo.---------- e) El pedido de nulidad de la resolución N° 60/07: ---------- A modo de introducción respecto de este punto, creo necesario señalar que la argumentación del amparista basada en que la resolución del título “carece de uno de los requisitos esenciales como acto administrativo, cual es la forma requerida bajo sanción de nulidad” es, a mi criterio inexacta. Me explicaré.---------- El dictado de la resolución N° 60/07 no exhibe violación a las formas esenciales prescriptas por los arts. 26 y ss. de la Ley 920 que deriven en su nulidad o anulabilidad conforme a los arts. 33 y 34 del mismo ordenamiento normativo, pues dicho acto administrativo contiene todos los requisitos esenciales para su formación. La transgresión denunciada, consistente en el incumplimiento de la audiencia de parte –en referencia al dictamen de la Comisión de Tierras Indígenas– constituye un supuesto expresamente previsto por la ley, con una consecuencia concreta señalada para el caso de omisión. Cierto es que el art. 41 de la Ley 3765 determina que “previo a cualquier acto administrativo que recaiga sobre situaciones en las que una de las partes, al menos, sea aborigen por sí o por pertenencia comunitaria o familiar se deberá correr vista a la Comisión (de Tierras Indígenas) quien deberá dictaminar dentro del término de 30 días hábiles”. Sin embargo, lejos de imponer la sanción de nulidad por la falta de cumplimiento de este requisito, la misma ley contempla cuál será la consecuencia legal en el artículo siguiente (art. 42), que establece: “(Facultad de revisión). A los fines del artículo anterior queda sometida a revisión toda resolución o disposición administrativa que involucre tierras ocupadas por aborígenes, desde la suspensión de la ley 3681 hasta la puesta en funcionamiento de la CTI creada por el art. 39 de la presente ley”. No podría ser de otro modo, cuando está claro que en los hechos, dentro de la actividad normal del IAC, se imponía una previsión de esta naturaleza ante la necesidad jurídica de seguir dictando resoluciones en el período de transición y hasta tanto se concretara la puesta en funcionamiento efectivo de la comisión creada por dicha ley.---------- Llegados a este punto, si bien puede considerarse entonces que la normativa de los arts. 39 a 41 de la Ley 3765 se halla objetivamente incumplida, la consecuencia no será entonces la nulidad pretendida, sino la revisión del acto administrativo, examen que, dadas las circunstancias, corresponde realizar en sede judicial, ya que no tuvo lugar oportunamente en la sede administrativa.---------- En este cometido, cabe entonces preguntarse: ¿existe alguna afectación de derechos constitucionales que justifique desautorizar la resolución N° 60/07? A la vista de los antecedentes ya reseñados, puedo desde ya adelantar que mi respuesta a este interrogante es por la negativa.---------- En primer lugar, como vengo de reseñarlo con anterioridad, no se observa que los derechos de la comunidad aborigen de esa comarca se vean violados ni perjudicados por la cesión de derechos efectuada por los herederos de V. P. a C. A. R. , por cuanto no se ha probado que dicha asociación civil tuviera la posesión y/o explotación comunitaria preexistente del lote en cuestión. Sobre el tópico, cabe recordar que tanto el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional como el art. 34, inc. 1° de la Constitución Provincial, al referirse a las garantías invocadas en la especie por el amparista respecto de los pueblos indígenas argentinos, aluden al reconocimiento de la “...posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”, y como ya se ha visto, las pruebas rendidas indican que la explotación por parte de pobladores de etnia aborigen en el lote en cuestión y en las fincas aledañas fue efectuada en forma personal,

individual y no comunitaria.---------- Tampoco se advierte la existencia de lesión alguna a los derechos individuales o subjetivos del actor y/o de miembros de la comunidad –incluidos los niños– para visitar el cementerio familiar ubicado en el lote rural cedido, ni se ha demostrado que la cesión de derechos a favor del tercero citado al proceso impliquen una amenaza a la práctica de tradiciones o cultos de la etnia aborigen en ese predio, ni un desmedro o desconocimiento de su identidad como integrantes de dicha comunidad indígena.---------- A la luz de todos estos elementos, considero que no se acreditado la existencia de una lesión o amenaza actuales o inminentes a derechos y garantías constitucionales, ni menos aún una ilegalidad o arbitrariedad manifiestas en el acto atacado que justifiquen acordar el amparo solicitado en los términos de los arts. 43 y 75, inc. 17 C.N., 34 y 54, Const. Prov. y 3° y conc. de la Ley 4572.---------- Por todo ello, opino que el fallo merece ser confirmado en cuanto a la decisión desestimatoria sobre el fondo del litigio.---------- VIII. La imposición de las costas en el orden causado: ---------- La sentenciante a quo decidió imponer las costas por su orden por considerar que la complejidad de las cuestiones planteadas origina una situación dudosa de derecho que permite apartarse del principio establecido en el art. 68 C.P.C.C.---------- Contra este aspecto del fallo se alzan tanto la demandada cuanto el tercero citado al proceso, sosteniendo ambos, en síntesis, que la actora ha errado la vía intentada para esgrimir sus supuestos derechos y no ha aportado los elementos que demuestren el carácter manifiesto del acto que dice ser lesivo. Afirman que la cuestión planteada no era excesivamente compleja ni se trataba de la aplicación de legislación reciente, por lo que no se justifica una excepción al principio objetivo de la derrota.---------- Considero que les asiste razón a los apelantes. El criterio objetivo del vencimiento es el principio general en esta materia, tanto en la ley nacional de amparo (art. 14, Ley 16.986) cuanto en el ordenamiento provincial -Ley 4572- en su art. 17, que establece al respecto solo dos salvedades: 1) de haber vencimiento recíproco, se impondrán “según el éxito obtenido”, y 2) podrá eximirse de costas a “quien hubiere tenido razón suficiente para litigar”.---------- Bajo esta regulación, considero que en el caso no se presenta ninguno de esos supuestos de excepción. En cuanto al primero, si bien el tercero articuló la falta de legitimación activa y planteó la inconstitucionalidad de la Ley N° 4013 y la nulidad de la inscripción efectuada bajo el N° 5 – Folio 6 del Libro I – Tomo I del Registro de Comunidades Aborígenes de la Escribanía General de Gobierno, resguardos que resultaron finalmente rechazados, lo cierto es que, en virtud de los restantes argumentos defensivos opuestos, en definitiva, el amparista ha sido vencido en esta contienda. En consecuencia, desde que no corresponde separar las cargas en costas sino atender al resultado global del pleito, dicho accesorio debe pesar sobre quien ha sido vencido en lo principal (conf. esta Sala en Exptes. 19.718 - 22356 - 22383 C.A.N.E.; entre otros – art. 68 C.P.C.C.; su doctrina).---------- Tampoco puede considerarse que en el caso haya existido “razón suficiente para litigar”. Según se ha señalado con anterioridad, los hechos alegados por el amparista no denotan la existencia de ninguna violación ostensible a normas constitucionales o tutelares de derechos individuales o colectivos fundados en su pertenencia a la etnia aborigen. Tampoco había razón suficiente para solicitar la nulidad de la resolución N° 60/07 IAC, por cuanto el motivo expuesto para tal solicitud –omisión de dar vista a la CAT (art. 41, Ley 3765)– no provoca como consecuencia la invalidación, sino que la ley contempla expresamente ese supuesto, siendo su derivación jurídica inmediata la “revisión” y no la nulidad del acto (art. 42, ley citada).---------- Menos aún se presenta aquí un supuesto de cambio de jurisprudencia o de cuestiones novedosas de derecho (téngase en cuenta que la legislación constitucional y sus aplicaciones legislativas datan de 1994 en adelante), ni podría sostenerse que las normas aplicables al caso ofrezcan aristas dudosas en cuanto a su interpretación.---------- El principio objetivo de la derrota que campea en materia procesal civil (art. 68 C.P.C.C.) sigue siendo, pues, la regla general en los casos de rechazo de la pretensión de amparo, y en ello es conteste asimismo la más prestigiosa doctrina (conf. Sagüés, N.P., “Acción de amparo” – acáp. 220 – pág. 454 y ss., Astrea, 1988 – id. Morello-Vallefin, “El amparo – Régimen procesal”, págs. 118/119 –L.E.P., 1992 – id. Rivas, A.A., “El amparo” – págs. 304/307 – Ed. La Rocca, 1987; entre otros).---------- Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado en destacar que la sola creencia subjetiva de la razón probable para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdidoso, pues es indudable que, salvo hipótesis de actitudes maliciosas, todo aquél que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos del contrario si el resultado no le es favorable (conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A • 15/11/2007 • P., N. O. c. M., E. A. y otros • id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • 21/09/2006 • C. S.A. s/ quiebra s/ conc. esp. por: N., F. y otros s/inc. de ejec. de honor. por: D. B., S. M. • LA LEY 2007-A, 121• id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Comercial, sala A • 07/03/2003 • P. de V., S. E. c. Líneas de Colectivos 109 y 124 • DJ 2003-2, 1129 • id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II • 19/07/2001 • A., M. A. c. Poder Judicial de la Nación y otro • ED 196, 98 • id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • 27/06/2000 • Navallas, Pablo D. c. Puente Pistarini, José L. y otros • LA LEY 2001-A, 290 • id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A • 30/12/1998 • Rigolleau S.A. c. Solvencia S.A. de Seg. Generales. • LA LEY 1999-B, 541 - DJ 1999-2 , 1056 • id. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A • 21/12/1998 • Lopatin, Ignacio y otro c. Frías Ayerza de López, Susana R. • LA LEY 1999-B, 92 - DJ 1999-1, 1076 • id. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I • 30/11/1998 • Tellez, Liliana G. c. Coto S. A. • DT 1999-A, 1138 • id. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I • 31/03/1998 • C., D. A. c. T. A. Stet-France T. S. A. • DT 1998-B, 1469 • Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa • 10/06/1997 • C., J: S. c. B. S. A. • LLNOA 1998, 847 • La Ley Online – entre muchos otros fallos en igual sentido). La razonabilidad de la pretensión debe reposar en cambio en la comprobación de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo razonable para promover la demanda de amparo, y como lo he expresado precedentemente, a mi criterio no se aprecia en el caso una justificación que amerite aplicar la excepción contemplada en el art. 17 de la Ley 4572.---------- IX. Conclusiones: ---------- Como corolario de todas las consideraciones expuestas hasta aquí, opino que el fallo merece confirmarse en lo principal, debiendo modificarse en cuanto a la imposición de las costas, que deberán ser soportadas en ambas instancias por el actor vencido (art. 17, Ley 4572). En consecuencia, así lo dejo propuesto al acuerdo.---------- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---------- A ESA MISMA CUESTION PRIMERA el Dr. Velázquez expuso: ---------- En acatamiento al principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por los recurrentes realizara el Señor Magistrado ponente.---------- Concuerda mi opinión con la del colega y para fundar mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 9 de la ley 1.130 y 271 C.P.C.C. (textos ambos de la ley 4.550), formularé las consideraciones siguientes.-

--- I.- Previo a ingresar en el tratamiento de las cuestiones centrales planteadas con el recurso del actor, hemos de ocuparnos de la oposición que el tercero interviniente hiciera al progreso de la pretensión y que fuera desestimada: la falta de legitimación activa. Ello porque es deber de los jueces examinar, antes de aplicar el derecho sustancial, si concurre tal presupuesto procesal en ausencia del cual la pretensión no puede ser decidida en cuanto a su fondo.---------- No obsta al abordaje de ese tópico la falta de expresión de un agravio sobre él por parte del tercero en su presentación de fs. 413/414, pues rechazada en definitiva la pretensión él se vio impedido de incluirlo en su pieza de impugnación. Tórnase aplicable al caso entonces la doctrina de la apelación implícita o adhesiva, mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio conforme al cual la alzada, si bien ha de ceñirse al punto objetado con el recurso, al considerarlo tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia asistían al “a quo”, correspondiéndole pues ocuparse de las argumentaciones defensivas del demandado o del tercero citado a instancia de éste que fueran desechadas sin posibilidad de crítica por parte de ellos (confr.: Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., III-111 y jurisp. cit. en págs. 406/407 y 418/419; esta sala, c. 16.830 S.D.C. 4/01, c.19.120 S.D.C. 12/04, c. 20.099 S.D.C. 27/05). Tal doctrina resulta vigorizada, si cabe, en el procedimiento provincial del amparo, donde está prevista la presentación de un memorial ante la alzada por quien no hubiera apelado (art. 11 párr. 1° “in fine” de la ley 4.572), ocasión en la que, amén de sostener el fallo atacado por la contraparte, le es dado exponer sus propias críticas al mismo relativas a aquellos puntos en que la decisión no le fue enteramente favorable. Y así lo hizo en la especie el tercero a fs. 527/548.---------- En los supuestos de protección de derechos o intereses de incidencia colectiva, como el planteado en la especie, la ley difiere la legitimación activa, entre otros, a la persona que accione en nombre de un interés colectivo (art. 21 de la ley 4.572). La doctrina ha remarcado que la existencia de un concreto derecho difuso tutelable requiere la presencia de una lesión o amenaza inminente de ella al círculo de intereses del grupo o conjunto, de modo que es a cualquier individuo integrante de tal grupo o categoría a quien le es dado el ejercicio de la acción -recuérdese que hay una titularidad fraccionada de los intereses difusos y por esa razón existe una verdadera habilitación indistinta, promiscua o concurrente-, porque es él, en cuanto miembro componente de la categoría, “el afectado” mentado en el art. 43 párr. 2° de la Const. Nac. (confr.: Rotondo y Piga, su ponencia en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997, ed. F.D.C.S.P. de la U.N. del Nordeste, to. I, págs. 18/25).---------- En el subexamen ni el ente demandado ni el tercero desconocieron la pertenencia del actor a la etnia Mapuche ni a la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada - Cerro

Bayo - Gorro Frigio (v. fs. 51/57 y 68/87). Lo cuestionado por el tercero interviniente -en ello cimentó su defensa de falta de legitimación activa- fue la preexistencia del pueblo M. en nuestro territorio nacional, la calidad de argentino del mismo requerida por el art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. para dispensar la protección, así como el carácter comunitario de la fracción de tierras fiscales sobre la que versó el acto administrativo impugnado (fs. 69/71 vta.).---------- No llegó a ser esclarecido en autos si la comunidad referida es preexistente o no al Estado Nacional o, al menos, a las primeras manifestaciones de éste en el territorio de su asentamiento, pues no coronó el perito designado la labor que le fuera encomendada, arrimando él al proceso solamente un "avance de pericia" -no un dictamen- cuya nulidad declaráramos ya. Tampoco cabe extraer conclusiones al respecto del informe del consultor técnico (fs. 219/228), pues las manifestaciones del mismo no pueden ser asimiladas a las conclusiones a que arribe un perito de oficio ni le son aplicables las normas del art. 477 C.P.C.C., literalmente referido al dictamen de los peritos designados por el juzgado (confr.: Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., sala I, L.L. 1989-B-618, sum. 6.009; C.N. Com., sala D, L.L. 1.990-A-349; este cuerpo c. 20.284 S.D.L. 24/05). Es que a diferencia del perito, que es un auxiliar del juez, el consultor interviene desde la parcialidad de su instituyente como un verdadero defensor técnico en su favor, con limitadas atribuciones entre las que no se cuenta la de sustituir al perito. Su función es accesoria (confr.: Morello y otros, opus cit., V-B-362) y es regla universal del derecho la de que lo accesorio ha de seguir la suerte de lo principal, de manera que si la pericia no alcanzó a producirse mal cabría atender a observaciones realizadas a un acto procesal inexistente.---------- Mas promedia en el subexamen un acto jurídico administrativo que despeja la duda acerca de si la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada - Cerro Bayo - Gorro Frigio se halla entre las reconocidas como preexistentes por los arts. 75 inc. 17 de la Const. Nac. y 34 de la Const. Prov. En el marco de los arts. 2 y 4 de las ley provincial 3.657 y 4 de su igual n° 4.013, el Estado Provincial inscribió a la citada en el Registro de Comunidades Indígenas de la Provincia del Chubut (fs. 344). Acertado o no ese acto -no emito ni puedo emitir opinión sobre ello-, él despliega efectos jurídicos relevantes: si la comunidad fue inscripta en un registro de las que son aborígenes y aborigen es lo "originario del suelo en que vive" (Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española", 22da. ed., voz "aborigen"), no hay hesitación en que le fue reconocida esa raíz territorial.---------- Tocante a la tacha de inconstitucionalidad de la ley 4.013 y consecuente nulidad de la inscripción registral y reconocimiento de existencia de la indicada Comunidad Aborigen formulada por el tercero interviniente, es tópico imposible de abordar aquí ante de la falta de integración de la litis con tal agrupación -que posee personería jurídica con todos los alcances previstos en el art. 33 del Cód. Civ. (arts. 4 de la ley 3.657 y 4 de la ley 4.013) y es representada por su presidente (art. 19 de su estatuto; fs. 342)-, la que revestía la calidad de litisconsorte necesaria.---------- A ella no puede considerársela representada en el pleito por su miembro el actor. Hasta este punto no llega la legitimación de un individuo cualquiera de la comunidad. La legitimación indistinta, lo llevo expresado, le es diferida a los miembros del grupo para el logro de la tutela de los derechos de incidencia colectiva, mas al arribar a un tema, como el de la constitucionalidad o no de la norma jurídica base de la personalidad de la entidad y de la validez o nulidad de la personaría que le fuera reconocida, resulta insoslayable debatirlo con el ente mismo. En tal cuestión ya está ausente el rasgo que caracteriza y define a los supuestos de derechos difusos o de incidencia colectiva, consistente en el no pertenecer ellos a una persona determinada ni a un grupo nítidamente delimitado, sino a una serie indeterminada de personas (confr.: Barbosa Moreira, su ponencia sobre "Legitimación para la defensa de los intereses difusos" presentada al XI Congreso Argentino de Derecho Procesal, La Plata, octubre de 1981, Libro de Ponencias, U.N.L.P, II-1229). Aquí, en cambio, la persona cuyo "status" jurídico pretende discutirse aparece precisamente deslindada y es entonces sólo a ella a quien corresponde tenerla por legitimada.---------- Existen legitimaciones plenas y otras semiplenas. Las primeras permiten al solicitante el íntegro uso y despliegue de sus atributos y facultades; en las segundas, en diferentes grados y por diversas causas, la ley las reconoce en dimensión menor, sólo en la medida suficiente para cubrir la necesaria y adecuada tutela de los derechos que debe proteger (confr.: Morello, "Legitimaciones plenas y semiplenas...", en la obra conjunta "La legitimación - Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio", Abeledo-Perrot 1996, pág. 68). En el ámbito de los derechos difusos la legitimación del individuo integrante del grupo es conferida en la medida que, en tanto cotitular él del derecho, le resulta precisa para la defensa del último.---------- Pero cuando la titularidad del derecho está nítidamente definida -el mismo se halla en cabeza de persona física o jurídica bien determinada-, hemos de estar al concepto de legitimación plena clásico: legitimado es el titular de la relación jurídica sustancial. Y en la especie lo es la Comunidad Aborigen de Lagunita Salada - Cerro Bayo - Gorro Frigio, que ve impugnada de

nulidad la personería jurídica que le fuera reconocida, con ataque de inconstitucionalidad inclusive a la base normativa en que el tal reconocimiento se apoyara.---------- Cuando un planteo tiende al cambio de un estado jurídico, el mismo no puede proponerse sino frente al interesado, cuyo derecho de defensa el art. 18 de la Const. Nac. califica de “inviolable”. En el caso, ante la articulación de marras pudo el juez ordenar la integración de la litis, fuere a solicitud de cualquiera de las partes fuere de oficio, antes de la providencia de apertura a prueba y al no hacerlo así la situación se ha tornado ya insalvable para esta alzada. Puesto que la causa se tramitó y llegó a estado de sentencia sin que el magistrado ni las partes acudieran al remedio previsto en el art. 89 C.P.C.C., no cabe sino el rechazo del planteo por hallarse ausente un requisito intrínseco de admisibilidad, de procedencia formal, como es la legitimación (confr.: C.N. Civ., sala “F”, J.A. 1982-III-116). Resulta sabido en efecto que la no integración de la litis constituye un supuesto de falta de legitimación (confr.: Areal y Fenochietto, “Manual...”, La Ley 1970, II-178; Micheli, “Curso de derecho procesal civil”, trad. Sentís Melendo, EJEA 1970, pág. 24) y ante tal falencia la jurisdicción debe abstenerse de emitir decisión sobre el mérito (confr.: Arazi, “La legitimación como elemento de la acción”, en la antes citada obra conjunta “La legitimación...”, pág. 24,n° III), no puede ingresar siquiera en la “pura sustancia del asunto” al decir de Fairén Guillén (“Estudios de derecho procesal”, Reus 1955, pág. 229), debiendo limitarse a la desestimación por falta del mentado requisito, formal pero ineludible.---------- Concluyo así que el actor, como integrante de una comunidad aborigen reconocida por acto cuya validez no es posible discutir aquí, estuvo legitimado activamente para promover este proceso.---------- II.- De lado corresponde dejar el primer agravio del demandante, pues no incurre en autocontradicción la sentencia que, tras declarar legitimado al actor, desestima sin embargo su pretensión. Conceptos diferentes son el de legitimación para reclamar o serle reclamado un derecho a alguien y el de legitimidad o fundabilidad del derecho reclamado. El derecho que ampare o no la pretensión es distinto de la calidad para obrar, de la de ser parte de la relación jurídica sustancial (esta alzada, sala “A”, c. c. 13.067 S.D.C. 35/96, c. 20.336 S.D.C. 47/05, c. 20.931 S.D.C. 28/06, c. 21.435 S.D.C. 46/06; ídem, sala “B”, c. 12.709 S.D.L. 14/98, c. 19.118 S.D.C. 25/05).---------- III.- Denunció el apelante la violación de su derecho de acceso a la justicia por la vía expedita y rápida del amparo, en infracción a las normas internacionales consagradas por los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pactos ambos incorporados a nuestro plexo constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nac.). Impugnó asimismo el recurrente la conclusión de la Señora Jueza “a quo” sobre el carácter no manifiesto de la arbitrariedad alegada.---------- No advierto tal menoscabo al referido derecho. Promovida la acción de amparo, ella fue declarada admisible y tramitó el proceso íntegro, donde el actor fue ampliamente oído y pudo producir las probanzas que ofertara. Por cierto que los preceptos de los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le reconocen al demandante el derecho a ser oído por un tribunal -como en efecto lo fue-, pero no lo es menos que no le aseguran el dictado de una sentencia favorable a él. La audiencia del interesado por el órgano jurisdiccional competente es “para la determinación de sus derechos”, cual rezan las disposiciones citadas, de manera que si el tribunal encuentra al pronunciarse que la pretensión procesal deducida no venía respaldada por el derecho invocado, determinará la inexistencia de éste y desestimará aquélla sin incurrir en violación de la garantía consagrada por los preceptos supranacionales.---------- En punto al empleo de la vía del amparo, es indiscutible que el art. 25 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le reconoce tal derecho, mas también es exacto que el pacto internacional no impone una decisión judicial indefectiblemente favorable al amparista. “Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente...decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso” establece el inc. 2 del indicado artículo; esto es, que la garantía alcanza a la obtención de un pronunciamiento decisorio -y en el caso el actor lo obtuvo-, pero no comprende el que éste sea necesariamente estimatorio. El remedio ha sido previsto “contra actos que violen los derechos fundamentales” (inc. 1 del art. cit.), de donde se sigue que si esos derechos no resultan quebrantados en determinado caso, la sentencia será desfavorable.---------- Atinente a la arbitrariedad manifiesta o no del acto administrativo atacado, hemos de analizarla al ocuparnos de los vicios que le fueran endilgados.---------- IV.- No medió la indebida subsunción del caso en el régimen civil e inaplicación de las normas sobre la tierra fiscal que el demandante afirma.---------- En la especie ocurrieron hechos y se celebraron actos jurídicos distintos, regidos cada uno, según su naturaleza, por normas de diferente carácter, confluyendo las civiles y las que disciplinan las tierras públicas en uno solo de ellos: el impugnado acto administrativo de aprobación de la cesión.---------- La adjudicación en venta de la fracción de tierra en cuestión a V. P. en 1978 fue regida por los preceptos sobre la tierra fiscal por

entonces vigentes y su validez no ha sido atacada en autos.---------- Al tiempo de fallecer en el año 2000, el adjudicatario tenía el derecho creditorio a obtener la transferencia del dominio del predio por parte del Estado Provincial (art. 28 de la ley 3.765), transmisible “mortis causa” a sus herederos -cual deja ver el art. 29 inc. “b” ley cit.- y de acuerdo al régimen instituido por nuestro Código Civil. Así ocurrió y fueron declarados los herederos de dicho causante en el proceso sucesorio respectivo.---------- Tales derechos hereditarios son desde luego cesibles (arts. 3322 y concs. cód. cit.), salvo que lo impida una prohibición legal (art. 1444 ídem). Aquí es donde aparece en este caso la incidencia de la normativa de la tierra fiscal, a cuya luz debía expedirse el ente demandado para aceptar o rechazar el mandato judicial de inscripción de la cesión, cual el mismo lo reconociera a fs. 53, párr. 4°. Así llegamos al tema central del debate: el vicio atribuido a la res. n° 60/07 I.A.C. -con la que el instituto demandado aprobara y tomara razón de las cesiones de derechos realizadas en favor del tercero interviniente- y el perjuicio que ella causaría a los derechos del actor y de la comunidad aborigen que él integra.---------- V.- La simple consulta de las actuaciones habidas en el expediente n° 68063/44 IAC 2922 revela de modo claro y descubierto que fue omitida la vista a la Comisión de Tierras Indígenas, la que debía dictaminar con carácter previo a toda decisión acerca de las aludidas cesiones derechos por recaer esos negocios jurídicos sobre tierras ocupadas por indios e involucrar a una parte aborigen (art. 41 de la ley 3765). Esa vista a dicha comisión constituye el mecanismo mediante el cual la legislación provincial instrumentó la participación de las comunidades aborígenes en las cuestiones que puedan afectar sus intereses prevista en el art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. y 34 inc. 4 de la Const. Prov.---------- Sin embargo, tal apartamiento del procedimiento legal no provoca la nulidad absoluta del acto administrativo cuya declaración el actor impetrara. Es que la previsión legal que a ello llevaría, es decir el art. 33 inc. 1, apdo. “c” de la ley 920, como norma general del procedimiento administrativo provincial que es, resulta desplazada por la normativa especial que atrapa el caso: el art. 42 de la ley 3.765, precepto que específicamente establece que las resoluciones de la referida índole dictadas luego de la suspensión de la ley 3.681 y hasta la puesta en funcionamiento de la Comisión de Tierras Indígenas quedan sometidas a “revisión”.---------- Desde que el aquí demandante atacó en sede administrativa la res. n° 60/07 I.A.C. a fs. 323/327 del expediente n° 68063/44 IAC 2922 sin obtener respuesta alguna del ente demandado, procede entonces la revisión del acto impugnado en esta sede judicial (doc. art. 76 de la ley 920).---------- La base de la que hemos de partir en el análisis es que la inajenabilidad e intransmisibilidad de las tierras consagrada por el orden constitucional comprende a aquellas que se hallan en posesión o propiedad “comunitaria”. Tal surge nítido de los textos de los arts. 75 inc. 17 de la Const. Nac. y 34 inc. 1 de la Const. Prov., disposiciones que tras reconocer a las comunidades indígenas “la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”, añaden que “ninguna de ellas -las tierras en posesión o propiedad comunitarias, claro está- es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. Al margen de esos dispositivos quedan entonces aquellas tierras ocupadas sí por indígenas, pero cuya posesión o propiedad ejercen éstos a título individual.---------- Y en el proceso no quedó acreditada la posesión comunitaria del predio al que los derechos cedidos se refieren alegada por el demandante. En efecto, no sólo el inmueble le fue adjudicado en venta a V. P. a título individual según el régimen legal por entonces vigente (fs. 155 del citado expediente administrativo), sino que el adjudicatario, ya rigiendo las reformas constitucionales de 1994, expresó su voluntad de obtener la propiedad de la tierra por la vía ordinaria y renunciando a los beneficios que podrían corresponderle de acuerdo a los arts. 37 y concs. de la ley 3.765 (fs. 263 ídem), protectorios de sus derechos sobre la tierra como aborigen.---------- En relación a la situación de hecho registrada en el predio, me remito al análisis de las pruebas testificales que el preopinante ha apreciado, pues elementales razones de economía de tiempo hacen sobreabundante el repetir una evaluación de los testimonios ya correctamente realizada. Esas probanzas han venido a demostrar que la explotación pecuaria era llevada a cabo por el adjudicatario en forma individual, alambrando las fracciones por sí y con recursos propios, marcando el ganado con señales personales (lo que fue ratificado con los informes del Departamento de Marcas y Señales obrante a fs. 168/169 y del Juzgado de Paz de Lagunita Salada de fs. 207/209) y comercializando los frutos de manera también individual.---------- No desvirtúan tales conclusiones los dichos del testigo A. C. C.. Ese declarante manifestó haber visitado alguna vez al actor en su casa (fs. 126 resps. a las pregs. 3era. y 5ta.); “mis visitas han sido escasas y puntual a la familia”, dijo, al extremo de no conocer a los linderos del actor C. P. (fs. 126 vta., resp. a la repreg. 1rea.), con lo que mal puede dar fe acerca del tipo de explotación, si comunitaria o individual, que se desarrollaba en el vecino predio de quien en vida fuera V. P.. Por lo demás, no es dado extraer la existencia de una auténtica explotación comunitaria de la

ganadería de las manifestaciones del deponente acerca de la participación de vecinos en los trabajos de la señalada de animales y en los festejos que la acompañan (fs. 126 vta./127, resps. a la preg. 9na. y a la repreg. 5ta.). Tal ayuda entre vecinos en algunas faenas que requieren el concurso de mayor número de personas que las habituales -trabajos que, por su importancia en actividades agropecuarias, suelen ser rematados con alguna fiesta-, es costumbre antigua y muy extendida en los campos argentinos -no únicamente en los patagónicos-, seguida en muchos establecimientos que organizan su producción de forma individual, no comunitaria, y están poblados por habitantes tanto de origen étnico europeo o asiático, cuanto amerindio. Buena cuenta de ello dio Martiniano Leguizamón para el ámbito de su Entre Ríos natal en el siglo XIX con la fiesta denominada de “la Minga” (v. su libro “Recuerdos de la tierra”, ed. Solar - Hachette 1957, págs. 41/48) y lo propio ha hecho, ya en nuestros días y para la región patagónica -concretamente en la zona de Telsen, no muy lejana al predio de autos- Hipólito Solari Yrigoyen en reciente obra (“Patagonia - Estancias del Desierto”, Fondo Editorial Provincial 2006, cap. V, apdo. “Los buenos vecinos”, págs. 97 y sgts.).---------- A propósito del enterratorio situado en el fundo, señalaré que, allende que presente o no las características de uno de origen indígena, no se demostró en el proceso que el tercero interviniente privara al actor u otros miembros de la comunidad aborigen el acceso al mismo; antes bien, el propio demandante hizo alguna referencia a la autorización amistosa de ingreso por parte de aquél, corroborándolo la testigo M. H.(fs. 125, resp. final). Tampoco fue demostrado que la comunidad tuviera allí establecido el lugar para la práctica de ritos o ceremonias religiosas.---------- Con relación a la pretendida afectación de los derechos de los niños de la comunidad a su identidad cultural y a mantener la memoria de sus ancestros, ni se ha probado que los dos identificados en el informe de fs. 175 tengan vínculos de ascendencia con las personas cuyos restos en el enterratorio descansan, ni que se les deniegue el acceso al lugar.---------- En suma, en la especie no se ha probado que la tierra en cuestión haya estado en posesión comunitaria de la comunidad aborigen de marras, sino en la individual de Victorino P. y sus herederos, ni que aquélla vea entonces afectados sus derechos por la cesión que los últimos hicieran en favor del tercero interviniente. No hay en consecuencia lesión de derechos constitucionales o amenazada de ella que torne procedente el amparo promovido (art. 3 de la ley 4.572), cuyo rechazo debe ser confirmado.---------- VI.- Como el Señor Magistrado antes sufragante considero que las costas causídicas deben ser cargadas íntegras al actor derrotado en la litis. No veo motivo para separarnos del chiovendiano principio del vencimiento como base de la condena en costas sentado en materia de amparo por el art. 17 de la ley 4.572.--------- Es que, cual declaráramos en los precedentes que el ponente recuerda (c. 19.718 S.D.C. 40/07, c. 22.356 S.D.C. 39/07, c. 22.383 S.D.C. 41/07), no hay vencimiento parcial y mutuo cuando una de las partes resulta triunfante en el juicio al ser acogida una de sus defensas, por más que hubiera sido desestimada alguna otra. Tal lo acontecido en autos, donde al ser rechazada la demanda incoada el actor es el derrotado, aunque no prosperara la defensa de falta de legitimación opuesta por el tercero (doc. de los arts. 68 y 71 C.P.C.C.; confr.: Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea 1998, pág. 124, “d”).---------- Tampoco advierto que el actor pueda haberse creído asistido de razón para litigar, pues no han mediado cambios legislativos o jurisprudenciales recientes en los temas tratados, ni era dudoso que no cabía pretender la declaración de nulidad de un acto administrativo para el que, por ausencia de dictamen previo de la Comisión de Tierras Indígenas, estaba específicamente prevista la “revisión”.---------- VII.- Tales son los motivos que me conducen a coincidir con el anterior votante en que corresponde confirmar la sentencia apelada en lo principal que decidiera y revocarla en punto a la condena en costas, que deben ser impuestas al actor.---------- Las costas de segunda instancia habrá de soportarlas igualmente el actor apelante, derrotado en ella.---------- Me expido en esta cuestión entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Ferrari expresó: ---------- Las regulaciones de honorarios han sido apeladas por los Dres. E. A. Z., R. R. M. y M. C. P., por considerarlos exiguos.---------- Argumentan los Dres. Z. y M. que no se tuvo en consideración como base regulatoria que se ha pretendido la nulidad de la resolución que compromete a un inmueble rural compuesto de una superficie de 2.500 hectáreas.---------- Sin embargo, el valor del establecimiento objeto de la resolución N° 60/07 IAC no puede ser tenido en cuenta como "monto del proceso" en los términos de la ley arancelaria, en tanto el interés jurídico invocado como objeto de la causa no es otro que reclamar el cumplimiento del régimen previsto en la Ley 3765. Se trata, en suma, de un proceso sin contenido económico concreto, donde el objeto perseguido consiste en reclamar la tutela de un

derecho (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24/10/2006 • Barría, Mercedes C. y otro c. Provincia del Chubut y otro • en sentido análogo: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en pleno • 21/03/2006 • P., M. G. c. P. y Citibank • LLC 2006, 591 - JA 2006-II, 3 • id. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero • 23/02/2006 • Aguirre, Leonardo D. c. Consolidar AFJP • LLNOA 2006 (julio), 669 • id. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I • 03/02/2006 • Gongora, V. H. en: E., J. Á. c. DI.N.A.A.D. Y F. (Dcción. Nñez Adol., Anc. Discap. y Flia.) • LLGran Cuyo 2007 (febrero), 77 • entre otros • La Ley Online).---------- Sin perjuicio de lo antedicho, no puede dejar de apreciarse que las tareas realizadas, más allá de su relativa complejidad jurídica, exhiben una extensión temporal y un volumen considerables, lo cual denota una actividad profesional intensa y sostenida que merece ser condignamente compensada. En este marco, considero que las retribuciones fijadas que han motivado las respectivas apelaciones no retribuyen adecuadamente esas labores y por tanto merecen ser elevadas.---------- A mérito de estas razones, atendiendo a las pautas fijadas en el art. 6° del arancel a las que acabo de aludir, propongo incrementar los honorarios apelados a fin de fijarlos en los siguientes montos: a) para el Dr. E. A. Z., en $ 9.000.- b) para el Dr. R. R. M., en $ 9.000.- c) para la Dra. M. C. P , en $ 3.300.- (arts, 6, 9, 10, 36, 47 y conc., Dec.Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.---------- --- A TAL CUESTIÓN SEGUNDA el Dr. V. manifestó: ---------- No llevan razón los Dres. Z. y M. al atribuir contenido patrimonial al proceso a los fines de la regulación de honorarios. Cual hemos tenido ocasión de declarar desde este tribunal (c. 17.921 S.D.C. 24/03, c. 21.511 S.D.C. 21/06), la acción de amparo, atento a su especial naturaleza y a que fundamentalmente tiende a proteger un derecho o garantía constitucional, carece de valor económico, sin perjuicio de que el reclamo ventilado en su tramitación tienda a producir determinados efectos jurídicos de consecuencias materiales. Así pues, los honorarios profesionales han de regularse en este tipo de proceso de acuerdo con lo preceptuado para pleitos insusceptibles de apreciación pecuniaria (confr.: T.S.J. Córdoba, Sala Contenciosoadministrativa, L. L. Córdoba, 1999-1393; S.T.J. S. L., D. J. 1997-2-260), es decir atendiendo a las pautas apreciativas genéricas contenidas en el art. 6 incs. “b” a “f” y a la específica del art. 36 del dec. - ley 2.200.---------- Donde concuerdo con los apelantes es en que, vista la amplitud de las labores así como el resultado obtenido y trascendencia del asunto para sus respectivos clientes, los honorarios fijados resultan exiguos, correspondiendo elevarlos a las sumas indicadas por el colega, acordes a la importancia y extensión de tales tareas.---------- Pronúnciome aquí entonces por la NEGATIVA.---------- --- A LA TERCERA Y ÚLTIMA CUESTIÓN, el Dr. Ferrari finalizó diciendo: ---- En vista del acuerdo arribado acerca de los interrogantes anteriores, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR EN LO PRINCIPAL el fallo apelado, revocándolo parcialmente en cuanto a la imposición de costas y honorarios, a fin de imponer las primeras íntegramente a cargo del actor vencido, y elevando los estipendios de los Dres. E. A. Z., R. R. M. y M. C. P. a las sumas de $ 9.000.-, $ 9.000.- y $ 3.300.- respectivamente. II) Con costas en la Alzada al actor vencido (art. 17, Ley 4572), fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. E. R. H., en la suma de $ 2.025.- b) para el Dr. E. A. Z., en la suma de $ 2.700.- c) para el Dr. R. R. M., en la suma de $ 2.700.- (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).---------- Así lo voto.---------- --- A ESTA CUESTIÓN FINAL el Dr. Velázquez respondió: ---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre las anteriores cuestiones.---------- Concuerdo también con el ponente en cuanto a los honorarios que propiciara regular por los trabajos profesionales de alzada, en tanto resultan acordes a la extensión y calidad de los mismos, así como al resultado obtenido.---------- --- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 8 de la Ley 1130, To. Ley 4550).---------- Trelew, 04 de febrero de 2008.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:---------- S E N T E N C I A: ---------- CONFIRMAR EN LO PRINCIPAL el fallo apelado, revocándolo parcialmente en cuanto a la imposición de costas y honorarios, a fin de imponer las primeras íntegramente a cargo del actor vencido, y elevando los estipendios de los Dres. E. A. Z., R. R. M. y M. C. P. a las sumas de $ 9.000.-, $ 9.000.- y $ 3.300.- respectivamente. ---------- IMPONER las costas en la Alzada al actor vencido (art. 17, Ley 4572), fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. E. R. H., en la suma de $ 2.025.- b) para el Dr. E. A. Z.,

en la suma de $ 2.700.- c) para el Dr. R. R. M., en la suma de $ 2.700.- (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo. CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

REGISTRADA BAJO EL Nº 01 DE 2.008 – SDC.- Conste.-

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA