Comodoro Rivadavia, de mayo de 2011. **VISTOS Y CONSIDERANDO**:

Estos autos caratulados**: "M., T. E. c/ A., C. s/ MEDIDA CAUTELAR" Expte. N° 299/2010,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minería de Sarmiento (Expte. N° 175/2009), por haber interpuesto a fs. 64/66 vta., la demandada recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 62 que otorga la cautelar requerida.

Rechazado el primero se concede el segundo a fs. 91/96.

I.- Se advierte que a fs. 176, la letrada del demandado interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 172/175 que rechaza el pedido de caducidad de la medida cautelar decretada.

A fs. 177, el tribunal de origen concede el recurso de apelación interpuesto en la forma prevista en el art. 245 del C.P.C (sic).

Atento lo expuesto y en virtud que esta Alzada ha adherido invariablemente a la opinión doctrinaria y jurisprudencial que el Ad-quem es el juez del recurso y, que él determina en definitiva su admisibilidad, formas y efectos, mientras no se haya consentido la sentencia o denegatoria del recurso. Por ello, la Alzada como juez del recurso, puede rever la tramitación dada a éste por el Juzgado A-quo.

Teniendo en cuenta que la resolución impugnada de fs. 172/175 es una sentencia interlocutoria que rechaza la caducidad de la medida cautelar, en virtud de las disposiciones del artículo 320 del CPr., corresponde declarar el recurso de la demandada mal concedido a fs. 177.

II.- En su memorial de fs. 64/66 vta., sostiene que la medida dictada implica el desapoderamiento de la Comunidad Mapuche "J. A." desconociendo sus derechos territoriales. Señala que se desconoce lo estipulado por la ley 26.160 y su ampliatoria. Afirma la existencia como pueblo originario, su concepción y su cosmovisión del medio natural. Sostiene que la verosimilitud del derecho que se invoca consiste en la violación de normas de rango constitucional, provinciales e internacionales. Mantiene que es integrante del pueblo mapuche, que vive en una zona ocupada por su pueblo en forma tradicional y ancestral, que habla su lengua e integra dicha comunidad. Invoca las

disposiciones del art. 75 inc. 17 de la C.N., art. 34 de la Constitución Provincial y el Convenio 169 de la O.I.T. Expone las características de la cultura mapuche y el significado de la tierra para dicha comunidad distinto del concepto moderno de propiedad privada. Manifiesta que está en trámite su personería jurídica. Alega que en el presente se han realizado cesiones de los permisos precarios de ocupación sin la anuencia de la autoridad pertinente (Ley Provincial 3765). Sostiene que el Pueblo Mapuche nunca transfirió la tierra o consintió su distribución. Afirma que su comunidad lleva 30 años ocupando la tierra y lotes pastoriles en forma tradicional y pacífica. Insiste en la inexistencia de actos turbatorios de su parte atento que el actor y su madre nunca tuvieron la posesión del lote pastoril reclamado. Niega la existencia de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que justifiquen el dictado de la cautelar. Señala la falta de prestación de contracautela por parte del accionante. Solicita se revoque la medida cautelar decretada.

A fs. 80/84 contesta el actor, sostiene los fundamentos de la decisión, solicita el rechazo del recurso y se sancione al recurrente por temeridad y malicia (art. 45 del CPr).

III.- De las constancias de autos surge que a fs. 4/5 el actor interpone medida cautelar genérica a fin que se excluyan o sean retirados del lote pastoril ** (parte sud) denominado “J.” ubicado en la zona de B. P., Ensanche Norte de Sarmiento, los animales vacunos y/o yeguarizos y/o lanares que pertenezcan a C. A. y/o estén a su cuidado. Se ordene sacar el candado y otros elementos que impidan el accedo al galpón ubicado dentro del predio rural y elementos que hubiera en su interior y se prohíba el acceso al demandado, salvo el paso vehicular.

Expone los motivos que por los que el presente es un supuesto de excepción con relación a la obligación de prestar contracautela.

Relata los antecedentes del caso en los que funda la verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora, incluida la causa penal que tramita contra el demandado (caso 2.230 Ministerio Público Fiscal) y las actuaciones correspondientes al Expte N° 101.242/30IAC140 M.-V. D. M. que tramita ante el Instituto Autárquico de Colinización y Fomento Rural.

Afirma que su parte es continuadora en el ejercicio de la posesión de quienes le han precedido legalmente en forma directa, efectiva, de buena fe, pública, pacífica e ininterrumpida en el tiempo.

Sostiene su legitimación activa en su calidad de heredero de la ocupante A. S. V. D. M., juicio sucesorio correspondiente al Expte N° 67/2009 que tramita ante el Juzgado Civil y Comercial de Sarmiento. Adjunta prueba documental.

A fs. 62, el juez dicta la medida cautelar aquí recurrida.

A fs. 64/66 vta., el Sr. A. interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la medida cautelar decretada.

A fs. 68/70 se glosa al expediente la nota N° 55/2010 de fecha 2 de febrero de 2010 efectuada por el Presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, con motivo de la emergencia decretada por ley 26160 y su modificatoria ley 26.554.

Finalmente, a fs. 91/96, el juez a-quo rechaza el recurso de revocatoria y concede el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el demandado.

A fs. 98/99 consta la inscripción de la comunidad mapuche J. A. ante el Registro de Comunidades Aborígenes de la Escribanía General de Gobierno de la Provincia de Chubut, el 26 de febrero de 2010.

IV.- Realizada la reseña del caso, corresponde introducirnos al tratamiento de la cuestión.

En primer lugar, corresponde determinar si es aplicable al caso el régimen normativo integrado por los arts. 75 inc 17 C.N., 34 Constitución Provincial, Convenio O.I.T. N° 169, leyes nacionales 26160 y 26554, leyes provinciales V N° 58 (antes ley 3510), V N° 76, V N° 60 y V N° 61 (antes ley 3657).

Como dijimos, el presente es una medida cautelar a fin que el señor C. A. retire sus animales del lote pastoril que el actor reclama como propio, retire el candado colocado en el galpón ubicado en dicho predio y se abstenga de ingresar al lote.

La medida es resistida por el demandado que invoca su calidad de integrante de la comunidad mapuche “J. A.” y ocupante del predio individualizado como lote pastoril ** parte sud, enunciado en la demanda.

Es sabido que el derecho de los pueblos originarios a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan tiene jerarquía constitucional a través del artículo 75 inc. 17 antes enunciado, reconocimiento que llega de la mano del Convenio Internacional de la O.I.T N° 169 ratificado por el Estado Nacional –ley 24071-. En el ámbito provincial rigen la materia las leyes V-58, V-60 y V-61 entre otras.

Conforme dicha normativa se considera aborigen o indígena a todo ciudadano de las etnias aborígenes que sean o no nativos de la provincia, de origen puro o mestizo en otro tipo de raza, o ser descendiente en cualquier grado de etnios prehispánicos o de probada antigüedad de asentamiento en base a los mecanismos que los pueblos aborígenes adopten para su reconocimiento (art. 3° Ley V-61).

De autos surge que la comunidad “J. A.” se encuentra inscripta ante el Registro pertinente (fs. 98/99), sumado a la identidad del demandado y la manifestación concreta de pertenecer a dicha comunidad, son razones que evidencian no solo que éste tiene un apellido aborigen sino que ese apellido corresponde a la comunidad que dice integrar y que permanece en las tierras o territorio individualizado en el juicio; es decir, denota prima facie, la pertenencia del individuo al grupo aborigen, de modo tal, que no se puede soslayar la aplicación de la normativa referente a los pueblos originarios. Situación que ha sido comunicada por los respectivos organismos nacionales al tribunal conforme surge de fs. 68, 69, 70 y 73/76.

Por ende, se advierte que el caso de autos se encuentra dentro de las disposiciones de las leyes nacionales 26.160 y 26.554 que declaran la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades aborígenes del país y que suspenden la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras hasta el 23 de noviembre de 2.013.

Reparase que la ocupación efectiva de la tierra por el demandado ha sido comprobado no solo a través de las diligencias realizadas en autos (fs. 23, 30 y 31), sino que surge de la investigación penal correspondiente al Legajo del Ministerio Fiscal N° 2230, en que consta lo manifestado por la defensa respecto que el lote 70 se trata de una reserva indígena (fs. 55/56).

Sin perjuicio de la aplicación al caso de la legislación de emergencia enunciada, corresponde determinar si los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora se encuentran acreditados.

En su escrito inicial reconoce el actor que el Lote pastoril N° ** Sud es tierra fiscal, sobre la que el Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural de la Provincia de Chubut ha otorgado permisos precarios de ocupación correspondientes a las resoluciones N° 1083/75 a favor de C. y C. J. y N° 386/82 a favor de V. (ver informe IAC de fs. 30/31 y dictamen de fs. 32/34).

Del informe realizado por el Instituto Autárquico de Colonización (IAC) surge la existencia de cesiones, acuerdos de herederos y transferencias de los permisos sin la previa anuencia del organismo provincial en contravención de la normativa aplicable, trámite que motivó el dictado de la resolución N° 379/IAC de fecha 3 de julio de 2009 que, declara caduca las resoluciones anteriores, reconoce la ocupación ejercida por los señores V. y C. M. y otorga a sus sucesores anuencia previa para que cedan los derechos que tengan- esto es, permiso precario de ocupación- sobre los lotes que enuncia y emplaza a las mismas a presentar la documentación pertinente (fs. 35/37).

Es sabido que nadie puede ceder un derecho mejor que el que posee (conf. art. 3270 C.C). En el caso, la anuencia previa otorgada por el IAC solo es con relación a dichos permisos de ocupación que, como se indica, son precarios y se encuentran sujetos a su respectiva aprobación.

Lo señalado demuestra que, en principio, estamos ante la existencia de dos ocupaciones de la tierra fiscal (Lote pastoril ** Sud); una invocada por el actor, la otra por el demandado, en tanto, acotado el marco de estudio del proceso cautelar, impide determinar quien detenta mejor derecho sobre el otro, aún en el grado de verosimilitud. Máxime si tenemos en cuenta la legislación de emergencia vigente con relación a las tierras ocupadas por pueblos originarios, derecho que goza de jerarquía constitucional.

Sumado a ello, que tampoco se ha acreditado de modo suficiente el peligro en la demora atento que, si bien se alegó la existencia de animales que degradaban el suelo, esta afirmación se diluye ante el acta de fs. 51 y 52 y documental N° 157, que demuestra solo la presencia de tres equinos que serían del demandado, los que

por su cantidad no pueden ser causal de erosión alguna del suelo y no surge la presencia de otros animales en el lote.

Por lo expuesto, no habiéndose acreditado los extremos enunciados - verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora - de modo tal que autorice el dictado de la cautelar solicitada, se concluye que corresponde hacer lugar al recurso del demandado y en consecuencia, revocar la resolución de fs. 62.

Atento el modo de resolver la cuestión las costas de ambas instancias se de imponen al actor vencido, tornándose operativa la norma del art. 282 del CPr.

Se regulan los honorarios profesionales de acuerdo a la naturaleza del presente, labor desarrollada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, respecto del Dr. M. resulta aplicable la norma del artículo 11 (arts. 5 a 7, 32, 13 y 11 Ley XIII N° 4).

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1º) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio del demandado de fs. 64/66 y revocar la resolución de fs. 62.

2°) Costas de ambas instancias al actor vencido. Regular los honorarios correspondientes a la instancia de grado de la Dra. S. L. I. en la suma de pesos ochocientos ($ 800) y por su actuación en la alzada en la suma de pesos doscientos cuarenta ($240).

3°) Notifíquese, regístrese, devuélvase.

La presenten sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrase inhibida de actuar la Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Alonso de Ariet, y concordar en la solución del caso (Ley 17 N° V del DJPCH).