

Voces: DERECHOS DE LOS INDÍGENAS - COMUNIDADES INDÍGENAS - ESTADO NACIONAL - DERECHO DE PROPIEDAD - BIENES INMUEBLES - TERRITORIO NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO - FACULTADES DEL PODER LEGISLATIVO - SANCIÓN DE LAS LEYES - REGLAMENTACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Partes: Comunidad Mapuche Trypay Antu c/ Estado Nacional - Inai | proceso de conocimiento

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala/Juzgado: 11

Fecha: 21-may-2018

Cita: MJ-JU-M-111223-AR | MJJ111223

Producto: MJ

Se ordena al Poder Ejecutivo Nacional a que escriture a favor de la comunidad indígena los títulos comunitarios de las tierras que reclama, sin la necesidad de una ley especial del Congreso, toda vez que dicha facultad está otorgada por el art. 99 inc. 2) de la CN.

Sumario:

1.-Corresponde ordenar al Poder Ejecutivo Nacional a que transfiera a título gratuito y en los términos del art. 8º de la Ley 23.302, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, organismo descentralizado dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, el dominio de las tierras cuya mensura fuera oportunamente aprobada, a los efectos de su adjudicación en forma inmediata, en propiedad comunitaria a la comunidad indígena reclamante, toda vez que posee las facultades otorgadas por el art. 99 inc. 2) de la CN. y tiene los medios jurídicos correspondientes para disponer la citada adjudicación.

2.-Cabe ordenar al Poder Ejecutivo Nacional a que escriture a favor de la comunidad indígena actora los títulos comunitarios de las tierras que reclama, sin que se requiera una ley especial del Congreso de la Nación, puesto que en virtud del art. 99 inc. 2) de la CN., se juzga que tiene facultades suficientes para así hacerlo.

3.-Toda vez que la cláusula 75 inc. 17) de la CN. establece que le corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, se entiende que no debe efectuar ninguna manifestación posterior al respecto y que sólo le queda la obligación de garantizar, a través de la legislación, los derechos de los indígenas y de las comunidades; por lo tanto, el Poder Ejecutivo Nacional, por aplicación del art. 99 inc. 2) de la

CN, debe escriturar a favor de la comunidad actora las tierras que reclama, pues posee facultades a tal efecto.

4.-Puesto que el art. 5º de la Ley 23.302 crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y siendo que la misma norma, en su art. 8º establece el mecanismo a tales fines, se juzga razonable que el INAI atienda el otorgamiento de los títulos de propiedad comunitaria a través de la Escribanía General de Gobierno de la Nación.

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

Buenos Aires, 21 de Mayo de 2018.

Y VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados "Comunidad Mapuche Trypay Antú c/ EN- INAI s/ proceso de conocimiento", de los que

RESULTA:

1.- A fs. 2/21 vta. se presenta la Comunidad Mapuche Trypay Antú, por medio de apoderado e interpone formal demanda contra el Estado Nacional a los efectos de que este Tribunal ordene al Poder Ejecutivo Nacional a escriturar a su favor los títulos comunitarios de las tierras que reclaman, bajo apercibimiento de disponer judicialmente su instrumentación notarial acorde a lo prescripto por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional en orden al reconocimiento de la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las Comunidades Mapuches Trypay Antú y Loff Ranquehue en la extensión indicada en las mensuras que obran agregadas al expediente administrativo Nº 40-00274/2001.

Dice que dirige la acción contra el Estado Nacional toda vez que resulta ser el titular registral de las tierras que ancestralmente ocupan las comunidades Mapuches aquí actoras, las que se encuentran localizadas en la ladera Noroeste del Cerro Otto, Virgen de las Nieves, Departamento de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro.

Relata que en febrero de 2001 interpuso el reclamo administrativo Nº 40-00274/2001 (luego ampliado en diciembre de 2001) ante el PEN, con el objeto de que se otorguen a los peticionantes la Escritura Pública traslativa de dominio de sus tierras ancestrales. En dicho expediente tomó intervención el INAI, organismo que -dice- se allana de oficio al reclamo de los aquí actores en nota dirigida a la comunidad.

Pone de manifiesto que el Dr. Gerardo Morales -por entonces Secretario de Desarrollo Social del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente- emite un informe dirigido al Ministro del área -Dr.Juan Pablo Cafiero-, diciendo en lo esencial que ".la restitución de tales tierras a la comunidad indígena del pueblo Mapuche Trypay Antú, asentada tradicionalmente en el cerro Otto, en las proximidades de San Carlos de Bariloche resultará no solo un acto de justicia y conforme a derecho sino que también garantizará la paz social en la región.". Señala que dicho informe dio sustento al Proyecto de Decreto Presidencial de Adjudicación que fue elevado a consideración del Ministro, proyecto que fue postergado por varias razones hasta perder estado parlamentario. Lo mismo ocurrió con los 2 proyectos que elaboró el INAI.

Por último, luego de casi 14 años de actuaciones administrativas, en octubre de 2014 el entonces Presidente del INAI, Dr. Daniel Ricardo Fernández elevó a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social un Memorandum solicitando ". a esa Dirección General tenga a bien emitir un dictamen indicando los requisitos jurídicos necesarios y el procedimiento administrativo conducente a lograr la instrumentación de la propiedad comunitaria indígena de las tierras ocupadas de modo actual, tradicional y público por las comunidades indígenas "Trypay Antu" y "Millaloco Ranquehue.". Se expone acerca de la normativa que rige la materia, expone los actos propios del Estado Nacional en el expediente administrativo, cita antecedentes de organismos internacionales, jurisprudencia nacional e internacional y doctrina nacional. Funda en derecho su petición, ofrece prueba instrumental, documental, testimonial e informativa.

2.- A fs. 103, previo dictamen del Sr. Fiscal Federal, se declara la competencia del Juzgado y a fs. 119 se habilita la instancia judicial, también previo dictamen fiscal obrante a fs. 118 y vta.

A fs. 136/139 vta. el Estado Nacional contesta demanda por medio de apoderado solicitando el rechazo de la misma con expresa imposición de costas.

Luego de una negativa genérica formula una breve reseña de los antecedentes obrantes en el expediente administrativo N° 4000274/2001. Dice que en dichas actuaciones la Comunidad actora no sólo logró paralizar un lanzamiento ordenado en el marco de un juicio de desalojo en su contra, sino que realizó numerosas gestiones ante el INAI, organismo que con posterioridad a ordenar una mensura sobre las tierras reclamadas, en el año 2002 elevó un nuevo proyecto de Decreto y solicitó la entrega del título de propiedad comunitario a favor de la Comunidad Mapuche en cuestión. Relata que hasta el año 2011, el INAI llevó a cabo numerosas acciones tendientes a materializar el derecho constitucionalmente consagrado de la Comunidad a que se escrituren las tierras, llegando incluso a financiarlos gastos que demandaron las tareas de mensura con fondos del propio organismo.

Manifiesta que en el año 2015 la solicitante interpuso ante el Poder Judicial de la Nación una acción de amparo por mora que tramitó por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10.

Expresa que los dictámenes, proyectos de actos administrativos, opiniones y recomendaciones emitidas a lo largo de los años por el Servicio Jurídico del INAI, no expresan de manera alguna la voluntad estatal, por cuanto no obligan al órgano ejecutivo, son actos internos de la administración siendo opiniones no vinculantes.

Pone de manifiesto que en cumplimiento del precepto constitucional establecido en el art. 75 inc. 17 y lo instituido en el Convenio N° 169 de la Organización Nacional del Trabajo (Ley N° 24.071), se sancionó la ley N° 26.160 declarando la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país y ordenando en tal sentido la suspensión de cualquier proceso que tienda al desalojo de comunidades indígenas.

Continúa diciendo que dicha norma fue reglamentada por el Decreto N° 1122/07. Asimismo pone de manifiesto el reconocimiento de los derechos aquí reclamados en el art.18 del nuevo Código Civil y Comercial, en el art.9 de la ley N° 26.994 y el Convenio N° 189 de la OIT, aprobado por la Ley N° 24.071. Aclara que tanto la ley como sus prórrogas omitieron instrumentar operativamente los títulos complementarios. A tal fin el Estado Nacional creó por

decreto una Comisión de Análisis de la Propiedad Indígenas, la que a posteriori se constituyó en el ámbito del INAI.

Concluye que para instrumentar la posesión y propiedad comunitaria es preciso el dictado de una ley especial razón por la cual la cuestión está en manos del Congreso Nacional.

Por último, pide la nulidad de todo lo actuado por el gestor en favor de la Comunidad Indígena Loff Millalonco Ranquehue.

Ofrece prueba documental y hace reserva del Caso Federal.

4.- A fs.151 se declara la nulidad de todo actuado por el gestor, respecto de la Comunidad Indígena Loff Millalonco Ranquehue.

5.- A fs. 223 se declara la causa como de puro derecho.

6.- A fs. 225 se llama AUTOS PARA SENTENCIA y CONSIDERANDO:

1º) Que surge de los hechos de la causa cuyo relato fue efectuado en los "resultandos", así como de las actuaciones administrativas agregadas a la causa que en el puntual caso de autos la pretensión deducida por la actora consiste en que el Tribunal ordene al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) a escriturar a favor de la Comunidad Mapuche Trypay Antú los títulos comunitarios de las tierras que reclaman en la extensión indicada en las mensuras que se acompañan en el expediente administrativo 40-00274/2001. Ello bajo apercibimiento de disponer judicialmente instrumentación notarial y con fundamento en lo dispuesto en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. Por su parte, el Estado Nacional, al contestar demanda - luego de reconocer que en nuestro país el derecho de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, tiene como uno de sus postulados básicos la reparación histórica-, sostiene que en el caso de autos el Estado ha realizado aquello que por ley le corresponde, es decir, dar por cumplido el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral, razón por la cual para instrumentar la posesión y propiedad comunitaria es el Congreso el encargado de dictar una ley especial a tal fin.

Teniendo en cuenta lo expuesto y habiéndose declarado la causa como de puro derecho, entiendo que la cuestión traída a resolver queda circunscripta a dilucidar si, a fin de escriturar a favor de los títulos comunitarios, se requiere una ley especial del Congreso o está dentro de las atribuciones del PEN.

2º) Que así las cosas corresponde analizar la normativa vigente que regula la cuestión traída a resolver.

La Constitución de la Nación Argentina -reformada en el año 1994-, en su art. 75 inc. 17 establece que corresponde al Congreso: ". Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos."

Al respecto María Angélica Gelli, en la obra "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", 2da, Edición, señala que esta primera frase del inc. 17 del art. 75 ".constituye un equívoco. En realidad el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos fue realizada por el convencional constituyente en 1994. En consecuencia, el Congreso Federal no debe efectuar ninguna manifestación posterior al respecto; sólo le queda

la obligación de garantizar, a través de la legislación, los derechos de los indígenas y de las comunidades, también enunciados en el restante párrafo de la norma."

En esta misma línea, el constitucionalista Germán Bidart Campos ha sostenido que "la cláusula citada de la Constitución (art. 75 inc.17) implica el reconocimiento directo y automático de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, o sea que es operativa, con el sentido de que el Congreso no podría negar ese reconocimiento. Se trata de lo que en doctrina constitucional se denomina de contenido esencial que, como mínimo, debe darse por aplicable siempre, aún a falta de desarrollo legislativo" (ver artículo publicado en La Ley el 21/05/96). Este mismo concepto es repetido en el dictamen jurídico elevado al entonces Sr. Ministro de Desarrollo Social con fecha 24 de septiembre de 2001 (ver fs. 65/67 de estos autos), donde también se sostiene que "El Poder Ejecutivo Nacional tiene los medios jurídicos correspondientes para disponer la adjudicación en propiedad comunitaria de las tierras afectadas, a la Comunidad Indígena a través del mecanismo preceptuado por el artículo 8º de la ley 23.302.

Sin perjuicio de que entiendo que con lo expuesto se encontraría zanjada la cuestión jurídica, he de decir que el desarrollo legislativo en nuestro país, antes y después de la reforma constitucional, ha sido más que copioso.

En esta línea, con anterioridad a la reforma constitucional -como ya se adelantó-, la ley 23.302 promulgada el 8 de noviembre de 1985, declara de interés nacional ". la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra.". La normativa citada en su art. 5º, crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas ".como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social.". Y entre las facultades que le otorga la ley al INAI, como autoridad de aplicación (art. 6º inc.a), está la de "Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de tierras." (art. 6º inc. d).

Asimismo, la ley 23.302 en su art. 7º), dispone ".la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, de tierras aptas y suficientes para la explotación.Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad.". En este mismo sentido la citada ley dice que la autoridad de aplicación deberá elaborar planes, de modo de efectuar ".sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación. El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos".

La normativa expuesta indica que la reforma de la Constitución, en este punto, no hizo sino plasmar lo que estaba legislado.

Posteriormente, la ley 24.071 aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El artículo 14 de la ley 24.071 establece que "deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus

derechos de propiedad y posesión."

Y por ley 26.160 (B.O. 29/11/2006), se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país con personería inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas." (art. 1º) por la cual se suspendieron los plazos de la ejecución de las sentencias que tuvieran por objeto el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el art. 1º).

Luego, por ley 27.400 (B.O.23/11/2017) se prorrogaron los plazos hasta el 23 de noviembre de 2021.

3º) Que por otra parte surge del expediente administrativo agregado a la causa, que la actora comienza su reclamo a principios de 2001, fecha en la que la parte actora interpone el reclamo administrativo ante el PEN, con el objeto de que les otorgue la escritura traslativa de dominio de sus tierras ancestrales (ver fs. 4 y sigtes.del expte. INAI nº 40-00274/2001, 1er. Cuerpo). El peregrinar en sede administrativa por parte de la actora llega hasta el dictado de la Resolución INAI 1165/12 dictada en el marco del expediente 50473-2009, con fecha 21 de diciembre de 2012 por la cual, conforme el voto mayoritario de la sentencia dictada por la Sala IV del fuero se dio ".suficiente respuesta al reclamo del actor, considerando los términos en los que fue planteado" (ver fs.99 y sgtes. del expte. Nº 19.205/2015 "Comunidad Mapuche Trypay Antú c/ EN- PEN-INAI s/ amparo por mora" del 26/11/2015).

Sin embargo aquí debo coincidir con el voto en disidencia del Juez Rogelio W. Vincenti en los autos citados en el párrafo que antecede. Allí el vocal disidente señaló que ".si bien la motivación de las resoluciones INAI 1165/12 y 1174/12 dictadas en el marco de los expedientes 50473-2009 y 50278-2009, respectivamente, alude a la competencia del Congreso de la Nación para expedirse sobre el reconocimiento de la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que ocupan las comunidades indígenas (conf. considerando primero de los actos referidos y art. 7º, inc. c) de la ley 19.549), lo cierto es que su objeto (conf. art.1º y 2º de tales actos y art. 7º inc. c) de la ley 19549), se limitó a dar por concluído los relevamientos normativamente exigido al INAI y a reconocer la ocupación actual, tradicional y pública." Es decir que casi doce años después de iniciado el reclamo, el Estado Nacional omitió pronunciarse sobre el reclamo de la titularidad de las tierras.Es interesante al respecto remitir al informe "Histórico-Antropológico" que sobre la comunidad aquí actora realizara el Programa Nacional Relevamiento Territorial de Comunidades IndígenasEjecución de la Ley Nacional 26.160 del INAI (ver fs. 682 del expte. Adm. Nº 40.00274/2001, cuarto cuerpo.), que da cuenta de la posesión continuada del territorio que ocupó y ocupa la comunidad Trypay Antú, los complejos procesos histórico-políticos que a lo largo del siglo XX, configuraron el recorrido particular de esta comunidad en su territorio.

Luego a fs. 775 de las actuaciones administrativas obra agregado el dictamen Jurídico del ReTeCi y a fs.810/812 obra agregado el dictamen jurídico del Ministerio de Desarrollo Social.

Y a fs. 814/817 el Presidente del INAI dicta, con fecha 21 de diciembre de 2012 la Resolución Nº 1165 por la cual resuelve: "Dése por cumplido el Relevamiento Técnico, Jurídico y Catastral dispuesto por el Artículo 3º de la Ley Nacional Nº 26.160, Decreto del PEN Nº 1122/07 y la Resolución INAI Nº 587/07 en la COMUNIDAD THRIPAN ANTY, perteneciente al pueblo Mapuche con asiento en la provincia de Rio Negro."

Y en su art. 2º la citada Resolución dice: "Reconócese la ocupación actual, tradicional y pública

de la Comunidad Thripan Anty, Personería Jurídica N ° 1228/98 del Registro Nacional de Comunidades Indígenas, respecto de la superficie georreferenciada a fs. 140" (fs. 774 de una nueve foliatura efectuada en sede administrativa).

4º) Que así las cosas, teniendo en cuenta todos los antecedentes a los que se ha hecho referencia en los considerandos que anteceden, no me quedan dudas en punto a que el Poder Ejecutivo Nacional tiene las facultades que le otorga el art. 99 inc. 2) de la Carta Magna, la cláusula Constitucional del art.75 inc.17) que resulta operativa y tiene los medios jurídicos correspondientes para disponer la adjudicación en propiedad comunitaria de las tierras cuya mensura ha sido aprobada por la autoridad de aplicación (INAI), a la Comunidad Indígena Trypay Antú, a través de los mecanismos previstos en el art. 8º de la ley 23.302. Esta última norma citada, como ya se expuso ut supra prevé: ". El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos".

A tal fin considero que resulta razonable que tal como lo preveía el proyecto de ley del año 2002 , el INAI atienda el otorgamiento de los títulos de propiedad comunitaria a través de la Escribanía General de Gobierno de la Nación.

5º) Que en cuanto a los gastos causídicos entiendo que la complejidad de la causa amerita su distribución en el orden causado conforme lo prevé el art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.

Por las razones expuestas, FALLO:

Haciendo lugar a la demanda incoada por la Comunidad Mapuche Trypay Antú y, en consecuencia, ordeno al Poder Ejecutivo Nacional que en el término de 60 días a partir de que quede firme esta sentencia-, transfiera a título gratuito y en los términos del art. 8º de la ley 23.302, al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, organismo descentralizado dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, el dominio de las tierras cuya mensura fue aprobada por Resolución N° 1165 del INAI, a los efectos de su adjudicación -en forma inmediata-, en propiedad comunitaria a la Comunidad Indígena del Pueblo Mapuche "Trypay Antú", actora en estos autos.

Todo ello en los términos del considerando 4º) del presente decisorio.

Las costas se imponen en el orden causado conforme los fundamentos del considerando 5º de este decisorio.

Regístrese, notifíquese y previa devolución de los expedientes administrativos y judiciales traídos a la causa, oportunamente, archívese. MARÍA JOSÉ SARMIENTO

JUEZ FEDERAL