

XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano

**Dos sentencias controvertidas sobre la situación
jurídica de los pueblos originarios argentinos y las
tierras (“Benetton” y “Sede”)
¿Está vivo el Derecho Romano?**

Grupo expositor: Maitini Fernando Daniel, *Docente.*

López Carlos Manuel, *Ayudante alumno.*

Muñoz Luciano Martín, *Alumno.*

Septiembre 2004

A. Introducción.

En este año se han dictado, en la República Argentina, diferentes sentencias que tienen que ver con la situación jurídica de los pueblos originarios y la tierra. Hemos decidido detenernos en dos de ellas para procurar descubrir los puntos de contacto entre el razonamiento judicial actual y el derecho romano.

B. Sentencia 1ª “Compañía Tierras del Sud Argentino S.A. –del Grupo Empresarial Benetton- c/ Nahuelquir/Curiñanco s/ usurpación”:

Con fecha 31 de mayo de 2004, el Juzgado en lo Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste de la **provincia de Chubut**, con asiento en la ciudad de Esquel, en autos “Nahuelquir, Rosa Sara-Curiñanco Atilio s/ Usurpación Compañía de Tierras Sud Argentino S.A. s/ damnificado. El Maitén” (expte. 2740-166-2002), dictó sentencia en la acción civil, incoada en el juicio criminal, entablada por esa sociedad anónima a fin de que le sea otorgada la definitiva restitución del predio en conflicto. Corresponde aclarar que la ocupación del inmueble por parte de la familia mapuche-tehuelche ocurrió el 24/8/02 y el 2/10/02 se ejecutó la medida cautelar que obtuviera la parte actora para que se desalojara el predio.

B. 1. Línea argumental de la parte actora:

Invocó como fundamento de su legitimación activa “...el derecho de **posesión** y derecho a poseer” citando los artículos 2490, 2468, 2469, 2487, 2756 y ccdtes. del Código Civil. Los artículos se relacionan con la posesión, su tutela. Resulta interesante transcribir el primero de ellos: “Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aún vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplice, aunque fuere dueño del bien...”

B.2. Línea argumental de la parte demanda:

Niega la relación de hechos realizada por la actora, relata algunas de las circunstancias previas a la ocupación del inmueble y opone tres defensas que resumen su posición:

B.2.I.) Falta de legitimación activa para demandar: dirige su crítica a las irregularidades del título, señalando que, en la interpretación del mismo, no corresponde “...considerar como de **propiedad** de la actora cualquier predio por el sólo hecho de estar alambrado....”, entre otros puntos.

B.2.II.) Falta de legitimación pasiva: no procede la acción ya que se “...reclama la restitución de un predio que hace casi un año que no ocupan...” atenta la ejecución del desalojo.

B.2.III) Acción abstracta, redundante e innecesaria: relacionada con el apartado anterior y consignando que “...resulta claramente innecesario demandar el mismo objeto por una demanda civil en la que nada tienen a defender...”

Pide, por último, que se cite al Estado Provincial y al Instituto Autárquico de Colonización (I.A.C.) como terceros civilmente responsables, intimando al Estado Provincial a que gestione la caducidad de los títulos o que arbitre los medios para dar cumplimiento al mandato constitucional de entregar tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano (art. 75 inc. 17 C.N.) derecho que tienen como parte del Pueblo Originario Mapuche-Tehuelche.

B.3. Fallo:

Luego de considerar la prueba producida más relevante y los alegatos, el juez falla rechazando las excepciones, la citación del I.A.C. y el Estado Provincial, como terceros responsables y haciendo lugar la entrega definitiva del inmueble en cuestión, no imponiendo las costas a los demandados atento lo solicitado por la parte actora y la provincia.

C. Sentencia 2ª “Sede, A. c/ Vila, H. s/ desalojo”:

Con fecha 12 de agosto de 2004, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería nro. 5 de la IIIª

Circunscripción Judicial de la **provincia de Río Negro**, con asiento en la ciudad de San Carlos de Bariloche, dictó sentencia en autos “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/ desalojo” (expte. 14012-238-99).

C.1. Línea argumental parte actora :

C.1.I.) Ninguno de los demandados tiene derecho a ocupar el predio luego de extinguida la relación laboral que mantuvieran la parte actora con uno de los demandados y su hijo.

C.1.II.) Atenta las excepciones y la posición de los demandados, alegaron que poseen legítimamente y por **acesión de posesiones** desde el año 1928. Consignan que pueden solicitar el desalojo, sin exhibir título¹, y que pese a ello, lo exhibieron sin que ningún vicio concreto le imputaran los demandados, quienes nunca poseyeron por sí, ni pudieron poseer en el mismo campo donde trabajaron bajo relación de dependencia, ni intervenir unilateralmente la ocupación laboral por posesión a título de dueño ni oponer a los actores la problemática indígena en lugar de plantearse al Estado Provincial.

C.2. Línea argumental parte demandada:

¹ Lo cual cae bajo el art. 2490 C.C. invocado también por la parte actora en el anterior juicio.

Manifiestan que pertenecen a la Comunidad Indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao con derecho a la **propiedad comunitaria y ancestral de esas tierras**, por lo cual tendría que ser ventilada la cuestión en un proceso petitorio o posesorio. Señalan que ninguna de las partes tienen legitimación para este proceso. Los actores invocan títulos nulos y los demandados no tienen la obligación de entregar la cosa –no obstante la extinción de la relación laboral- pues tienen la **posesión ancestral** y en todo caso, adquirieron la propiedad por prescripción.

C.3. Fallo.

El juez resuelve rechazar la demanda reconociéndole a los demandados la pertenencia a una comunidad indígena –atento lo acreditado ante el organismo correspondiente- y por lo tanto admitió que la misma **posee** porque así lo reconocen las propias normas constitucionales y leyes. Destaca de manera principal, el artículo 75 inc. 17 incorporado por la Reforma Constitucional del año 1994. Dado el valor que tiene para el presente trabajo, lo transcribimos: “Corresponde al Congreso:...17) Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica a sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan;

regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

D. Una mirada crítica desde el Derecho Romano:

En principio en ambos litigios sobrevuelan dos instituciones que ocuparon el estudio de los jurisconsultos romanos: **la posesión y la propiedad.**

En ese orden, y teniendo en cuenta que se trata de litigios, la máxima aplicable a considerar es: “...la posesión debe separarse de la propiedad...”² y otras de igual tenor³, que operaban en torno a la protección posesoria.

Así, le sigue el tema de los interdictos posesorios. Entre ellos el *uti possidetis*⁴, *unde vi*⁵, de *clandestina possessione*⁶ y de *precario*⁷ y cómo funcionaría la fórmula “*nec vi, nec clam, nec precario*”⁸.

Y vinculado con ello, surgen los dos elementos que configuran la posesión: *corpus* y *animus*.

² Ulp.D.43.17.1.2.

³ Ulp. D 41.2.12.1; Venuleyo, D 41,2,52 pr.

⁴ Gayo, IV,149,150,151 in fine,160; D 41,2,53; D 43,17; D 43,47,1; C.8,6; E.P. § 247

⁵ Gayo, IV,154; D 43,16; E.P. § 245.

⁶ D 10,,3,7,5. Aún cuando el mismo podría encausarse por el *unde vi*, cf. D.41,2,6,1.

⁷ D 43,26,2 pr; E.P. § 258

⁸ Cfr. Gayo, 4.151; D. 41.2.53; D. 43.17(16).2.

Teniendo en cuenta estos temas del Derecho Romano, observamos, en las estrategias procesales de las partes, las siguientes particularidades:

D. 1. Sobre la sentencia 1^a:

La parte actora, como hiciéramos referencia más arriba, alega “...derecho de posesión y derecho a poseer...” y en esta cuestión fáctica se centra su legitimación para entablar la demanda. Así, textualmente, lo reproduce el juez. Frente a esto, la parte demandada empieza a apuntalar su defensa focalizando la cuestión en el título de propiedad de la parte actora, y sus eventuales vicios. Surge, un primer aspecto crítico con las fuentes romanas, pues no “...deben mezclarse la posesión y la propiedad⁹”. Es manifiesto, en la estrategia procesal de la representación letrada de la familia mapuche, su insistencia respecto a los títulos y en ese sentido menciona que están sujetos a mensuras que no se habrían cumplimentado, que la S.A. no está debidamente conformada, tampoco inscripta en la provincia de Chubut.

También se observó que la segunda de las defensas de la parte demandada cercenó la posibilidad de discutir judicialmente sobre la posesión de la familia mapuche. Al esgrimir que no estaban legitimados pasivamente no pudo avanzarse sobre los fundamentos

⁹ D.41,2,52,pr.

que los habían llevado a emprender la ocupación del predio, y lo que es más significativo, cómo se dio el inicio de la posesión aquel 24 de agosto del 2002. Este punto no es menor, ya que, como la parte actora funda su pedido de restitución definitiva en la posesión que detentaba, hubiera sido necesario cotejarla con la posesión que tuvo la familia mapuche, para definir la procedencia o no de la pretensión restitutoria.

En esta línea de pensamiento, creemos que habrían resultado útiles para la estrategia procesal de la parte demandada, las enseñanzas romanas que derivan de la protección interdictal, en especial *uti possidetis*, en la cual el pretor ordena que sea preferido quien posea *nec vi, nec clam, nec precario*¹⁰.

Analizando el plexo probatorio, observamos que la familia mapuche tuvo la *possessio iusta* pues la misma resultó:

- ♦ *Nec vi*: no se pudo acreditar la antigüedad del corte de los alambrados, como tampoco de la tranquera, siendo contestes varios testimonios que señalaron que los primeros estaban caídos y que los postes de la tranquera eran viejos. Aduna esto, el material fotográfico y de video acercado a la causa. Todo esto fue tenido en cuenta por el sr. Fiscal, quién atento la falta de violencia, resolvió no acusar.

¹⁰ I. 4,15,6; E.P §245; Ulp. D. 43,16,1; Gayo IV, 150.

- ♦ *Nec clam*: la parte actora pone de manifiesto que la familia mapuche inició la ocupación un fin de semana, aprovechando la ausencia del puestero (detalle contradictorio, pues luego, el mismo declara que vio llegar e instalarse a los demandados), que se asentaron en un sitio que no es observable desde el puesto del cuadro más cercano, ni tampoco desde la ruta. Se adecua, tal imputación, al concepto de clandestinidad. Esto resulta inconsistente. Una prueba no discutida en el proceso lo evidencia: la exposición policial que realizan los acusados informando a la Autoridad Pública que ingresarían en ese predio. Prueba contundente en torno a la publicidad de la posesión que iniciarían.
- ♦ *Nec precario*: no existió imputación en este sentido, por lo cual no observamos relación alguna.

D.2. Sentencia 2ª.

En este litigio, como antes referíamos, la parte actora cimienta su posición sobre su **posesión** y denuncia que los demandados no tienen derecho a ocupar el predio ya que finalizó la relación laboral vinculaba.

Considerado esto, vemos aproximación con la problemática que buscaba resolver el interdicto de precario. Pensando en el

derecho romano, entendemos habría sido razonable acoger el planteo de la parte actora.

Ahora bien, el resultado se aleja de aquella solución romana. Atenta la reforma constitucional de 1994, la parte demandada, encontró fundamento normativo para resistir aquel argumento y alegar un derecho que es pre-existente a la relación laboral que los unía con los actores, incluso al estado mismo: **su posesión ancestral**. Es de este modo razonado por el juez, quién halla dos aspectos relevantes en la causa para rechazar la demanda. En primer lugar, la pertenencia de los demandados a una determinada comunidad (Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao, mapuche-tehuelche), lo cual fue acreditado por Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CoDeCI), autoridad de aplicación de la ley provincial 2287 (Ley Integral del Indígena Rionegrino). Luego, tiene por acreditado que los demandados **poseen** las tierras en cuestión, por reconocimiento normativo, tanto en la Constitución Nacional¹¹, la Constitución Provincial de Río Negro¹² y las leyes complementarias¹³. Entre ello, anota que por decreto nacional del 17/11/1900 se le cedieron tierras en cuestión a esa comunidad por su colaboración en la campaña del desierto.

¹¹ Art. 75 inc. 17 C.N.

¹² Arts. 42, 14 y concs. de la Constitución Provincial

¹³ Convenio 169/1989 de la OIT (ley 24071), ley nacional 1628, Decreto Nacional del 17/11/1900, leyes provinciales nro. 674 y 2641

Ahora bien, ¿habrá tenido en cuenta el juez que los demandados nunca dejaron de aspirar al reencuentro con su tierra? ¿Puede en esto verse aquellas enseñanzas romanas que permitían retener la posesión *nudo animo*¹⁴?. Según Gayo, en sus Institutas, “...la mayoría piensa que se puede retener la posesión con la mera intención (animus), es decir que aunque no estemos en la posesión ni por nosotros mismos, ni por otro en nuestro nombre, se considera sin embargo, que retenemos la posesión si nos alejamos de la cosa no con el ánimo de abandonar la posesión, sino con el de regresar.”¹⁵

¹⁴ Gayo, nota 166 “b”; D. 43, 16, 1, 25; D. 41, 2, 46; D. 41,2,25,2; D. 41,2,3,7, D. 41,2,3,9; D. 41,2,30,5

¹⁵ Gayo, IV, 153

E. Conclusión.

Aún teniendo en cuenta las diferentes estrategias procesales expuestas y considerando que las resoluciones judiciales fueron divergentes, hemos podido ver la plena vigencia de las enseñanzas romanas. En el primer supuesto, no considerar preceptos fundamentales romanos, privó al litigio de discusiones que podrían haber derivado en otra resolución judicial. En el segundo, un enfoque con nítida influencia romanística de la parte demandada y un razonamiento lógico y congruente del magistrado que lo recoge, posibilitaron el amparo judicial del poseedor.

Resoluciones judiciales del año 2004 nos siguen demostrando la necesidad de mantener vivo el derecho romano, estimulando su estudio, su enseñanza y cultivando esa *constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*¹⁶

¹⁶ D.1,1,10 pr.; Inst. 1,1, pr