

San Carlos de Bariloche, 10 de noviembre de 2004.

**AUTOS Y VISTOS:**

Los presentes actuados caratulados "Guarda Fidel psa. usurpación", expte. nro. 428/04, del registro de la Secretaría nro. IV de este Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II., y en miras a resolver la situación procesal de Justo Fidel Guarda, argentino, nacido el día 21 de junio de 1957, titular del DNI. nro. 12.394.156.

**DE LA QUE RESULTA:**

Se le imputa al nombrado la comisión del siguiente hecho ilícito, a saber: en fecha 13 de mayo de 2004, en horas de la mañana, haber ingresado al predio ubicado en el Paraje Quetrequile de la localidad de Ingeniero Jascobacci, del cual resulta administrador Alfredo José Luis Abi Saad, con una camioneta Ford F-100 color roja y blanco, llevando material de construcción -maderas, tirantes y mangueras-, dirigiéndose hacia el sector denominado Tres Picos, ubicado dentro del mismo predio. Con posterioridad el imputado construyó en dicho sector una vivienda precaria, la cual fue habitada por su esposa Marta Casiano y sus hijos. Guarda llevó a cabo esta conducta con el evidente propósito de ocupar ilegítimamente el predio, despojando de éste a su propietario. Todo ello, no obstante la resolución del Juzgado de Instrucción nro. IV, Secretaría nro. VIII, adoptada en el expte. nro. 272/03, caratulado "Casiano Jorgelina s/ usurpación", de fecha 22 de abril de 2003, que dispuso ordenar su procesamiento como supuesto autor del delito de usurpación y la restitución del mismo inmueble motivo de investigación en la presente causa.

**Y CONSIDERANDO:**

I La presente causa se inició mediante denuncia penal formulada el día 17 de mayo del corriente año por parte de Alfredo José Luis Abi Saad, en sede de la Comisaría 14ta. de la localidad de Ingeniero Jacobacci.

En la ocasión manifestó haber observado cuando el prevenido se dirigía hacia un sector denominado Tres Picos a bordo del rodado individualizado en los resultandos de la presente, portando en su interior maderas, tiantes y magueras, todo ello, "según pudo apreciar", a fin de levantar allí una edificación.

Sostuvo que tal accionar fue desarrollado por el prevenido, pese a la explícita prohibición que al respecto rige conforme lo dispusiera el Juzgado de Instrucción nro. IV de esta ciudad.-

Conforme se desprende de lo actuado a fojas 9, se practicó una constatación en el terreno el día 7 de junio del corriente año, ocasión en la que se corroboró que en la zona denominada Tres Picos, la cual se encuentra en el interior de la propiedad de Abi Saad, se halla una construcción precaria en cuyo interior se domicilia la esposa del prevenido, así como Mirna Guarda y Osvaldo Guarda de 22 y 26 años respectivamente. Dicha vivienda tiene piso de tierra y una letrina "realizada en arbustos".

A fojas 10 luce un croquis ilustrativo que da cuenta de la disposición de cada una de las referencias a las que se ha venido aludiendo en autos.

Por su parte, Manuel Pinzal depuso en testimonial a fojas 08 de autos, ocasión en la que manifestó que en circunstancias en que se encontraba junto al denunciante en autos, observó al prevenido dirigirse en su camioneta en dirección a un sector comprendido dentro de la propiedad de Abi Saad. Que entonces recordó que una semana antes se había enterado por Anselmo Casiano que el imputado se hallaba realizando una construcción en el sector denominado Tres Picos.

II Justo Fidel Guarda prestó declaración indagatoria a fojas 94/95 de autos, ocasión en la que manifestó que no se domicilia en los lotes 60 y 61 de la sección séptima, tal como afirma Abi Saad, sino que lo hace en el territorio indígena de lof (comunidad) Casiano, lotes 51 de la sección octava de la legua C. Que esta comunidad está ahí desde siempre, pero deben salir para trabajar y cuando ello ocurre Abi Saad les corta los árboles con motosierra, por lo cual han efectuado denuncias en la comisaría de Jacobacci.

Sostuvo que en el lugar viven el declarante y Agustín Casiano, quienes se iban para trabajar, quedando en el sitio sus las familias al cuidado de los animales. Que también hay vacas y chivos de Anselmo Casiano. Que Abi Saad nunca vivió en ese lugar. Que generalmente se iban y luego volvían, aunque desde principios de enero de 2004 optaron por quedarse en el lugar denominado Tres Picos en forma permanente, puesto que Abi Saad estaba cortando los árboles. Que allí hay dos construcciones, una nueva y otra una antigua, hecha por Juan Casiano en el año 1919. Que inclusive en ese lugar nació su esposa Marta Rosenda Casiano.-

Afirmó que las construcciones nuevas fueron hechas, la primera, que está debajo de los árboles, en enero de 2001, y la segunda aproximadamente en abril del año en curso. Que el cementerio de la comunidad se ubica en el lote 50 de la sección octava, porque el 41, el 60 y 61 son todas tierras indígenas de Casiano y allí están instaladas todas las familias. Que el cementerio tiene unas cuarenta sepulturas, allí están todos los abuelos, bisabuelos, tíos e incluso hermanos.

Exhibido que le fuera el croquis de fs. 10, ubicó al cementerio en cuestión en un lugar cercano al camino indicado con el número (5), en dirección sudoeste al lugar en que este número fue colocado en el croquis, a unos setecientos metros del casco de la estancia.

III Corresponde, seguidamente, merituar la prueba colectada en autos.

Al respecto he de señalar que el letrado defensor de Guarda expuso con claridad los motivos y las circunstancias que permiten considerar que la presencia del prevenido y su grupo familiar en el lugar que nos atañe pueda ser calificada como histórica.

Para ello efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza -en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio-, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos.-

Ello guarda relación con la imputación que se le efectuara y con los descargos que virtiera Guarda a la hora de deponer en indagatoria, ocasión en la que se refirió a su larga permanencia en el terreno objeto de denuncia, así como a las medidas que debió llevar adelante para proteger esos valores propios e inherentes a la cultura de la que proviene y forma parte.

Entiendo que no se han constatado los daños a los que aludiera el denunciante a fojas 1. Ni respecto de los alambrados, ni en torno a los árboles ubicados en el predio.

Tampoco se ha verificado que se consumaran algunos de los supuestos previstos en el artículo 181 del Código Penal. Ello por cuanto si bien es cierto que Guarda habría iniciado una construcción precaria en el sector denominado Tres Picos, dónde conviviría con su familia, no lo es menos el hecho de ser un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a esta altura del partido resultan litigiosas, y sobre las cuales legítimamente se considera titular de derechos.

Al respecto la jurisprudencia ha sido clara al señalar que: "Como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, al existir un error de tipo excusable -que excluye el dolo, dejando subsistente la culpa-, por falta del aspecto subjetivo, la conducta del encausado es atípica" (CNCC, sala IV, 27-9-90, "B., D. H.", c.38.292.).

En relación al último inciso del artículo 181, cabe igualmente descartar su consumación por cuanto "No invocándose el uso de violencia contra las personas o las amenazas contra las mismas, no puede verse configurado el delito de turbación de la posesión, que además exige la intención de poseer. Por cuanto no surge en el hecho de autos, ni siquiera denunciadas, violencias o amenazas contra las personas, corresponde sobreseer definitivamente en la causa por el delito de usurpación de la propiedad por despojo, para cuya configuración además se requiere el empleo de alguno de los medios señalados en la ley" (CNCorr., sala IV, 5-8-82, "S., L.A.", JA.).-

Así las cosas, entiendo deberá resolverse un temperamento liberatorio en relación al encartado, según se encuentra previsto y contemplado en el art., 307, inciso 2do. del rito. Ello, por cuanto el hecho investigado en autos, no encuadra en figura penal alguna.

IV La cuestión traída a conocimiento del Tribunal excede, claro está, los límites del derecho penal y nos aproxima a una problemática que se encuentra candente en esta región del Estado Nacional.

Así lo adelantó el día 30 de abril de 1988 la Sra. Convencional Campano, cuando en el marco de la Convención Constituyente Provincial expresó que: "... El origen de la dificultad que tiene la comunidad indígena en nuestra Provincia, respecto de la propiedad de la tierra, es otra de las tantas herencias que tenemos de la Nación, porque la Dirección Nacional de Tierras, en su origen, había establecido, como lo deben saber todos los Convencionales aquí presentes, reservas indígenas, que en definitiva se convirtieron en situaciones falsas, porque los indígenas nunca sabían cuáles eran sus límites de ocupación en la extensión de la tierra. Cuando había algún problema para entregar más tierra, se achicaban las reservas de los indígenas, cada vez más y más, y lógicamente han quedado convertidos en pedreros improductivos. Pero hay algunas zonas en las que todavía existen pobladores indígenas sin títulos de tierra".

Y agregó que "... Es probable que muchos de los residentes en esas zonas hayan viajado a los lugares urbanizados, por razones de mejor subsistencia Pero entendemos que deben tener el acceso a la propiedad de la tierra, tal cual lo tiene cualquier otra residente de la Provincia de Río Negro, y convertirse en propietarios de su tierra, para realmente tener una posibilidad de evolución, inclusive económica, porque al no tener una base firme con la cual negociar y trabajar, es difícil que puedan arraigarse definitivamente en el lugar. Es importante que puedan

disponer de sus tierras definitivamente, porque creo que las zonas más despobladas de nuestra Provincia están justamente ocupadas, muy aisladamente, por los indígenas. Sería una forma de mantener la ocupación en tierras, en las cuales, si no quedan ellos, realmente Sr. Presidente, no va a quedar nadie cuidando y vigilando la soberanía de la Provincia".

En este punto resulta de relevancia tener en consideración que el art. 42 de la Constitución de la Provincia de Río Negro reconoce al indígena como "signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincracia provincial". El convencional, además, estableció que el Estado debe promover la propiedad inmediata de la tierra que poseen, y el aseguramiento del desarrollo y transmisión de su cultura.-

No menos trascendente resulta al respecto que con fecha 15 de diciembre de 1988 la Legislatura sancionó la Ley 2287, por la que se da tratamiento integral de la situación jurídica, económica y social, individual y colectiva de la población indígena en la Provincia. Dicha ley reconoce y garantiza la existencia institucional de las comunidades y sus organizaciones, así como el derecho a la autodeterminación dentro del marco constitucional, contemplando el respeto por sus tradiciones, creencias y actuales formas de vida.

Allí se define como "población indígena" a los miembros de las comunidades, concretadas y dispersas, autóctonas o de probada antigüedad de asentamiento en el territorio de la Provincia, cuyas formas de vida estén regidas total o parcialmente por sus costumbres y tradiciones. A la "comunidad indígena", como el conjunto de familias que se reconozca como tal con identidad, cultura y organización social propia; conserven normas y valores de su tradición; hablen o hayan hablado una lengua autóctona; convivan en un habitat común, en asentamientos nucleados o dispersos; o a las familias indígenas que se reagrupen en comunidades de las mismas características para acogerse a los beneficios de esa ley.

El Dr. Germán J. Bidart Campos señala respecto al artículo 75 de la Constitución Nacional y las leyes del Congreso, que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos. Uno quizá aparezca como simbólico y reparador. Otro, como histórico, en cuanto al elemento español anterior a nuestra independencia, y al torrente inmigratorio posterior a la constitución originaria, se los hace preceder por las comunidades aborígenes autóctonas.

Argentina, de cara al europeísmo y a las imitaciones foráneas, nunca exaltó su indigenismo sino más bien lo renegó, lo menospreció o, cuando menos, lo olvidó y lo ocultó. De ahí que dos de los aspectos recién señalados -simbólico-reparador, e histórico- vengan a ser, aunque tardíamente, una reivindicación de nuestro ancestro primero, luego tan cuantitativamente reducido.

Sostiene el Dr. Bidart Campos, además, que más allá del valor que en tal sentido le asignamos a la primera frase del nuevo inciso 17, su aplicabilidad práctica es importante. Que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviolable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que promoverla.-

El Congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulta posible. Uno de ellos, es el de la integración. Integrar a los pueblos indígenas es no solamente no aislarlos ni segregarlos, sino depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad; pero, a la inversa, no significa que para

hacerlos parte integrante de ella haya que reclamárseles la renuncia o la abdicación a su estilo, a sus diferencias, a su idiosincracia, a su cultura. (cf. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", -tomo VI- La Reforma Constitucional de 1994- EDIAR).

Así las cosas,

RESUELVO:

I Sobreseer a Justo Fidel Guarda a tenor de lo normado por el art. 307, inciso 2do. del rito, con la constancia de que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor del cual gozare.-

Protocolícese, notifíquese y, firme, archívese.

Dr. Martín Lozada  
Juez

Ante mi:

Dr. Martín Govetto  
Secretario