

Delito de usurpación, propiedad indígena comunitaria y error: incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación (*)

José Daniel Cesano (**)

1.- Lo que la ley penal protege, a través de las figuras previstas en el Libro II, Título VI, Capítulo VI del Código (usurpación) es el ejercicio de facultades originadas en derechos reales que se ejercen sobre un inmueble, “ya procedan del dominio o de otras circunstancias o relaciones; o sea, la tenencia, la posesión o el ejercicio de otro derecho real que permite la ocupación total o parcial del inmueble”¹.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, los incisos 1° y 2°, del artículo 181 del Código penal², son tipos delictivos dolosos, que se satisfacen con el conocimiento y voluntad de realizar el despojo mediante alguno de los medios comisivos previstos (inciso 1°) o con iguales exigencias (conocimiento y voluntad) de alterar o destruir los límites dominicales³.

Especialmente en los casos de usurpación por despojo, la doctrina científica sostiene que “[l]a ignorancia y el error (p.ej., sobre la existencia de la tenencia por parte de un tercero) puede llegar a eliminar la culpabilidad”⁴.

2.- La investigación jurisprudencial pone en evidencia la existencia de casos en los que, a miembros pertenecientes a comunidades originarias, se les ha atribuido el delito de

(*) Informe presentado al Director del Instituto de Ciencias Penales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el marco del proyecto *Incidencias del Nuevo Código Civil y Comercial sobre la cuestión penal*.

(**) Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE – Bs. As.). Miembro Titular del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Dirección: danielcesano@gmail.com

1 CREUS, C. – BUOMPADRE, J. E., *Derecho penal. Parte especial*, T° 1, 7ª edición, Ed., Astrea, Bs. As., 2007, p. 611.

2 Nos limitamos a ellas porque, jurisprudencialmente, los casos detectados, respecto de la temática que analizamos, se vinculan con aquellas figuras.

3 ABOSO, Gustavo, *Código penal de la República Argentina. Comentado, concordado, con jurisprudencia*, Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2012, pp. 1000/1001.

4 CREUS – BUOMPADRE, *Derecho penal...*, T° 1, op. cit., pp. 616/617.

usurpación; no obstante lo cual se ha arribado a una decisión absolutoria en función del error. En términos generales, los argumentos desarrollados se vinculan con la existencia de un error de prohibición culturalmente condicionado o de un error sobre la existencia o extensión de una situación justificante⁵.

3.- ¿Qué incidencia puede tener, en este contexto, el artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación [en adelante CCyCN]?

Dispone este texto, que es consecuencia del reconocimiento constitucional derivado del artículo 75, inciso 17, de la Carta Magna⁶, que: “Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”⁷.

5 Al respecto, cfr. CESANO, José Daniel, *Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico – penal*, Ed. BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2015, pp. 53/54.

6 Así lo reconoce, invariablemente, la doctrina que se ocupa del citado artículo. Al respecto, cfr., por todos, BUERES, Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, T° 1, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 76.

7 El texto legal sancionado finalmente (que transcribimos en el texto), fue el producto de las reformas que se introdujeron durante el trámite parlamentario. El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, en cambio, establecía en su artículo 18: “Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva”. Por su parte, el artículo 2028 del proyecto (que sistemáticamente se ubicaba en el Libro de los Derechos Reales, Título V, bajo el epígrafe “Propiedad Comunitaria Indígena”) disponía: “La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”. El texto proyectado fue objeto de críticas. Así “se cuestionó que a las comunidades indígenas se las considerara personas jurídicas privadas (pues ellas debieron ser encuadradas como personas jurídicas públicas no estatales); que resultaba inconveniente tipificar la propiedad comunitaria indígena como un derecho real más del número cerrado, y más genéricamente se objetó su regulación en el código civil. Todavía, se agregó que la preceptiva propuesta no superaba los estándares mínimos de la Constitución Nacional y del derecho internacional exigible” (cfr. ALTERINI, Jorge H. [Director general] – TOBIAS, José W. [Director del tomo], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, T° 1, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p. 132). La Comisión Bicameral recogió estas observaciones y, en consecuencia, sustituyó el proyectado artículo 18, en consonancia con la supresión de los artículos relativos a la propiedad comunitaria indígena (arts. 2028 /2036). Como una buena muestra de las críticas realizadas al texto proyectado originalmente cfr. CACCIAVILLANI, Pamela, “¿Un Código para una sociedad multicultural? Algunas reflexiones histórico – jurídicas sobre el proceso de unificación de los Códigos Civil y Comercial en Argentina”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año IX, Número 15, 2015, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0015A009_0003_investigacion.pdf Accedido:

Como primer aspecto de análisis se hace necesario precisar cómo se configura el ámbito regulatorio, en esta materia, a partir del texto del citado artículo 18 del CCyCN.

Las interpretaciones al respecto no parecen ser uniformes. En este sentido, es posible observar, al menos, dos posiciones⁸:

Por una parte, existen autores que identifican la “ley” que menta el artículo 18 CCyCN con la ley 23.302 (modificada por ley N° 25.799) - Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes –⁹.

Otra postura, en cambio, distingue dos categorías de tierras; esto es: a) las que tradicionalmente ocupa la comunidad y b) en forma adicional, aquellas otras que resulten aptas y suficientes para el desarrollo humano, que puedan corresponder a los pueblos originarios, según una “ley especial a sancionarse”¹⁰.

Desde nuestra perspectiva, la segunda es la postura más razonable; teniendo en cuenta para ello cánones interpretativos lingüísticos y sistemáticos. Desde la perspectiva gramatical, la conjunción copulativa empleada por el legislador, estaría avalando esta doble categoría. Por otra parte, pareciera que el modo adverbial utilizado por el precepto

19/2/2016. Allí la autora expresa: “En una realidad latinoamericana caracterizada por la multiculturalidad el tema de los pueblos originarios y su regulación jurídica no puede dejar de debatirse. En Argentina la reforma constitucional de 1994 reconoció la preexistencia y derechos de las comunidades, entre ellos el derecho al territorio. En relación a este tema, el proyecto de Código en un contexto completamente distinto al primero dio tratamiento expreso a este tema a través de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real. Mediante este ropaje jurídico la vinculación de los pueblos originarios con sus tierras fue desnaturalizada y reducida a una categoría patrimonialista. El contenido de esta forma de propiedad desarrollado por instrumentos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional no fueron receptados por el proyecto. Esta falta de diálogo muestra que el proyecto no estaba en consonancia con el texto constitucional.” (p. 36).

8 Decimos “al menos” porque autores como Jorge H. Alterini, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, T° 1, op. cit., p. 133, reconoce cuatro categorías de tierras comunitarias. En efecto, además de las dos que, según el parecer de este autor, reposan en el art. 18 CCyCN, los artículos 14, inc. 1° y 16, inc. 4°, del Convenio 169 de la OIT, darían lugar a otras dos categorías.

9 Así, LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T° I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 84.

10 ALTERINI, Jorge H. [Director general], *Código Civil y Comercial Comentado...*, T° 1, op. cit., p. 132.

(“tradicionalmente”) se concreta en aquellas tierras cuya adjudicación corresponde a las comunidades en los términos del artículo 7 de la ley 23.302¹¹.

4.- ¿Qué sucedería si un miembro de un pueblo originario realizase actos de tenencia, posesión o dominio sobre tierras que considera *erróneamente* como propiedad comunitaria?

Esos actos pueden ser configurativos de alguna de las figuras de usurpación cuando, aquella tenencia, posesión o dominio, *correspondan legítimamente a terceros*¹².

Sin embargo si el error no fuese imputable (artículo 34, inciso 1°, Código Penal [en adelante CP.]) aquella conducta no producirá, respecto de su autor, consecuencias jurídico penales.

Desde luego que, si el déficit de conocimiento recae sobre extremos fácticos (V.gr. creer, equivocadamente, que la propiedad comunitaria se extiende hacia tal o cual sector, cuando no es así), la solución dogmática debiera reconducirse a un error de tipo.

Sin embargo, es posible que el caso pueda subsumirse, también, en un error sobre la existencia misma de una causa de justificación – ejercicio legítimo de un derecho (art. 34, inciso 4°, CP) -.

Justamente en relación a esta última situación es que, la nueva disposición del CCyCN puede generar alguna incidencia particular.

Y sostenemos esto porque, de acuerdo a cómo sea interpretado el art. 18 CCyCN, será la extensión que pueda adjudicarse a tal derecho (propiedad comunitaria de las tierras).

En tal sentido, quienes consideren que dicha norma no se identifica *exclusivamente* con aquellas tierras adjudicadas en función del artículo 7, 1° párrafo, de la ley 23.302; receptando, dentro del concepto de propiedad comunitaria *a una*

11 Expresa el artículo 7, 1° párrafo, de la ley 23.302: “Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad (...)”.

12 Es decir: cuando jurídicamente no sean tierras integradas dentro de la propiedad comunitaria.

segunda categoría conformada por aquellas superficies que resulten aptas y suficientes para el desarrollo humano, que puedan corresponder a los pueblos originarios (según una “ley especial a sancionarse”); podrían entender que el CCyCN *está autorizando* la realización de actos sobre tierras que, no obstante no estar situadas en el lugar donde habita la comunidad, pudiesen resultar aptas para su desarrollo. La situación aún puede complicarse más si se completa esta norma (art. 18 CCyCN), conforme a esta interpretación, con los artículos 14, inc. 1º y 16, inc. 4º, del Convenio 169 de la OIT; las cuales, según algunas opiniones, estarían conformando otras dos categorías diversas¹³.

El miembro de una comunidad que realice estos actos conforme a la interpretación de esta cobertura normativa estaría obrando en la *creencia* de que su situación se encuentra amparada por una regla jurídica que así lo autoriza; motivo por el cual, aquellos actos, aparecerían, en su percepción, como el ejercicio legítimo de un derecho. Esta creencia, sin embargo, podría ser errónea desde que, el art. 18 CCyCN se limita a determinar una segunda categoría de tierras, *pero lo hace por remisión a una ley que, hasta el momento, no ha sido dictada por el Congreso de la Nación*¹⁴.

5.- La fuente de una situación justificante debe descansar en la ley. Por supuesto que no debe tratarse exclusivamente de una norma jurídico – penal. En rigor, como correctamente apunta Maurach – “el número de causales de justificación es pequeñísimo”¹⁵; debiendo consultarse, para determinarlas, la totalidad del ordenamiento jurídico¹⁶. Sobre tal base, es evidente que la mayor o menor latitud interpretativa que se dé respecto del art. 18 CCyCN, puede tener una marcada incidencia al momento de evaluar la posibilidad de una concurrencia de un error sobre la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho. En este sentido estimamos que la ambigüedad del citado precepto, lo torna inconveniente. Por tal razón hubiese sido más apropiado no introducir

13 Al respecto, ver la bibliografía señalada en la nota nº 8.

14 Recuérdese que, de acuerdo a esta interpretación, la ley a que alude el art. 18 no se identifica con la ley 23.302.

15 MAURACH, Reinhart – ZIFF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Tº 1, Bs. As., Ed. Astrea, 1994, p. 428 (Trad. J. Bofill Genzch y E. Aimone Gibson).

16 CESANO, José Daniel, “Tendencias actuales de la teoría general de las causas de justificación”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho penal*. Tº III – Coedición Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá, 2010, p. 403.

esta cláusula y, en su lugar, regular *integralmente la propiedad comunitaria de la tierra en una ley especial*; basada en estudios antropológicos que diesen sustento empírico al legislador.