

Minuta con comentarios sobre proyectos de ley que pretenden castigar el delito de usurpación con penas privativas de libertad (boletines refundidos N° 14.015-25 y N° 13.657-07)

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*

En esta breve minuta, plasmo por escrito las explicaciones que ofrecí en la sesión de la Comisión de Seguridad Pública del Senado, del martes 20 de abril de 2021, a la que fui invitado para exponer mi opinión acerca de dos proyectos de ley que pretenden endurecer el tratamiento punitivo del delito de usurpación. Tal como lo hice en dicha ocasión, divido mis ideas en dos secciones: una con observaciones de orden general y otra con comentarios sobre algunos aspectos particulares de ambos proyectos.

I. Observaciones generales

1. Paulatina despenalización en el derecho comparado

La importancia del delito de usurpación era mayor en tiempos pasados, cuando la sociedad era básicamente rural y la actividad económica principal era agrícola, actividad a la que se pretendía amparar por la vía penal¹. En varios países, que se afirma que han dejado de ser una sociedad eminentemente rural, para convertirse en una postindustrial, se ha postulado la supresión de las figuras penales de usurpación. De hecho, en Francia, en Bélgica y en Holanda, entre otras naciones, además de varios países del *Common Law*, estos hechos se han despenalizado².

No obstante, en los últimos tiempos ha recobrado su importancia, más política que económica, por las ocupaciones de terrenos por parte de grupos marginados de la sociedad que, en términos generales, carecen de medios económicos para tener una vivienda³.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, “La supresión del delito de usurpación en el Derecho Penal español. Una predicción fallida”, en VV.AA., *Estudios Jurídicos. Homenaje al Profesor Alfonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 409.

² GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El delito de usurpación en el Código Penal chileno”, en El Mismo, *Estudios y defensas penales*, 3ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 78-79.

³ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 282. Véase también GUZMÁN DALBORA, “El delito de usurpación en el Código Penal

En todo caso, la constatación de que, a diferencia de lo que sucede en materia de hurto y robo, delitos sobre los cuales existe abundante jurisprudencia, en materia de usurpación los fallos dictados son más bien escasos, invita a reflexionar acerca de la real necesidad de seguir manteniendo esta figura penal⁴.

2. Bajas penas de la usurpación en Chile

De la lectura de las disposiciones del Párrafo 6 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal (en adelante, CP) y de su comparación con el régimen de los delitos de hurto y robo se desprende que, en general, la usurpación es de menor gravedad que estos delitos. La naturaleza y cuantía de sus penas así lo demuestra. Este tratamiento más benigno se justifica por varias razones. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que sucede en las apropiaciones de cosas muebles, las cuales, una vez sustraídas a su dueño, es posible que jamás sean recuperadas por este, cuando se trata de bienes inmuebles, la posibilidad de que se pierdan definitivamente para su titular es mucho menor, ya que estos permanecen en el mismo lugar en que se encuentran⁵. En segundo término, la existencia de un sistema de inscripciones de los bienes raíces en un registro público minimiza todavía más dicha posibilidad⁶. Y, en tercer lugar, hay que considerar que el legislador ha decidido que los delitos a que pueda dar lugar la violencia empleada en una usurpación se castiguen en forma separada (art. 457), lo que también explica la menor pena de este delito en comparación con la de las apropiaciones de cosas muebles.

Una explicación histórico-sociológica pone de relieve la muchas veces denunciada utilización del derecho penal por los grupos sociales dominantes para someter a los sectores sociales más desfavorecidos. En palabras de Mera Figueroa, “a la época de la dictación del Código Penal, las tierras susceptibles de ser usurpadas pertenecían al Estado o a los indígenas, y las personas en

chileno”, cit., pp. 67, 81-86, con una revisión de la fenomenología de las actividades usurpadoras realizadas en la segunda mitad del siglo XX.

⁴ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Dykinson, Madrid, 2006, p. 402, n. 5, dan cuenta del hecho de que, en España, durante 1997, hubo sólo una condena por usurpación, lo que, a su juicio, “pone de manifiesto que es una ley prácticamente reducida a letra muerta”.

⁵ Por todos, LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 219.

⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 368; MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 677.

condiciones de realizar tales acciones no se encontraban precisamente entre los sectores más vulnerables”⁷.

II. Algunas observaciones particulares

1. Boletín N° 14.015-25

a) Sobre la calificación del delito de usurpación de inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos, según su gravedad

Como es sabido, desde el punto de vista de su gravedad, los delitos se clasifican en crímenes, simples delitos y faltas, según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21 del CP (art. 3°). Desde este punto de vista, es evidente que la usurpación de bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos es un simple delito. Lo confirma el hecho de que está sancionada con una multa que puede ir, según los casos, de seis a diez unidades tributarias mensuales, o de once a veinte de tales unidades. Según lo que indica el inciso sexto del artículo 25 del CP, dicha cuantía de multa corresponde a la de un simple delito.

Hago presente lo anterior para corregir algo que se indica en la exposición de motivos del proyecto en comento. Por una parte, en su sección 1 (“Objeto”), se sugiere que la usurpación no es un delito, al afirmar los autores de la moción que su aprobación permitiría otorgarle el carácter de delito. Por otra parte, en la sección 2 (“Antecedentes”), letra f), se señala, contradictoriamente, que la usurpación está “sancionada como una falta”. Lo cierto es que la usurpación sí es un delito, pero no una falta, sino un simple delito.

b) Sobre la pretensión de abarcar sólo los coloquialmente denominados “loteos brujos”

En la sección 2 (“Antecedentes”), muy razonablemente, el proyecto anuncia la intención de enfocarse en los popularmente llamados “loteos brujos”. Se indica allí lo siguiente: “A diferencia de los asentamientos irregulares espontáneos, que son consecuencia de la extrema necesidad, el caso que

⁷ MERA FIGUEROA, Jorge, “Protección penal de la propiedad y posibilidades rectificadoras de la dogmática. El caso del robo con violencia o intimidación”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, N° 21, 1992, p. 52.

pretende regular la presente iniciativa se enfoca en aquellos grupos organizados que buscan lucrar ilícitamente, usurpando terreno ajeno y estafando a los compradores, quienes por esta transacción no se hacen dueños del predio". Sin embargo, en el articulado que se propone en la moción no se hace ninguna referencia al fenómeno que se dice que se pretende abordar. Las modificaciones que se propone introducir, de ser aprobadas, cubrirían cualquier clase de usurpación, sin distingo alguno.

c) Sobre la proposición de incorporar en el inciso primero del artículo 457 del CP la frase “, aunque sea parcial y transitoriamente”

La pretensión de incluir una referencia a la ocupación parcial es completamente innecesaria. Es indudable que el delito de usurpación de inmueble puede cometerse no sólo cuando se ocupa todo el bien raíz, sino también cuando se ocupa parte de él.

La incorporación del adverbio “transitoriamente” es profundamente inapropiada, porque distorsiona por completo el sentido de la figura delictiva. Forma parte de la esencia de este delito, en lo que a su aspecto objetivo respecta, la ocupación *permanente* de un inmueble, un comportamiento de hecho como dueño del mismo y la exclusión al titular del ejercicio de sus facultades; y en su aspecto subjetivo, el ánimo apropiatorio y el ánimo de lucro⁸. Como puede advertirse, esta característica es incompatible con una ocupación puramente transitoria. De aprobarse esta propuesta, se estaría tipificando un delito que no es usurpación, que hoy (razonablemente) no existe en la legislación penal chilena (salvo como allanamiento de morada, en la medida en que el inmueble que se ocupe sea una morada ajena) y que bien cabría denominar como “usurpación de uso”.

Para apreciar mejor esta idea, puede ser útil tener a la vista lo que sucede con las apropiaciones de cosas muebles ajenas por medios materiales. En el hurto y en el robo es necesaria una apropiación, conducta que supone, en lo objetivo, la sustracción de una cosa ajena (sin voluntad de su dueño), y en lo subjetivo, el ánimo de señor y dueño y el ánimo de lucrarse (art. 432 CP). Si tiene lugar una sustracción de cosa mueble ajena, pero sin ánimo de apropiársela, sino para usarla por un tiempo breve y devolverla con posterioridad, no habría hurto, por no existir una apropiación, sino que se

⁸ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Thomson Reuters – Legal Publishing, Santiago, 2013, pp. 484-490.

verificaría lo que se conoce como “hurto de uso”, figura que en la actual legislación penal chilena tampoco se sanciona.

d) Sobre la pretensión de sustituir la pena de multa por una pena privativa de libertad en el primer inciso del artículo 457 del CP

Con esta sustitución, lo que la moción busca es permitir la detención en caso de usurpación violenta, por flagrancia delictiva o por orden judicial. Atento a lo que disponen los artículos 124 inciso primero y 134 inciso primero del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), no sería procedente la detención en este caso, porque el delito no está sancionado con pena privativa o restrictiva de libertad.

Sin embargo, deben tenerse presente aquí las razones que justifican la baja penalidad de la usurpación de inmuebles y que se han destacado más arriba. La inclusión de una pena privativa de libertad supondría desatender tales razones.

Además, no debe olvidarse que el artículo 457 del CP establece una pena de multa, pero ordena imponer, adicionalmente, las penas que corresponda por la violencia que se emplee. En el ejercicio de tal violencia, podría cometerse un delito de lesiones en cualquiera de sus formas o incluso un homicidio, delitos todos que sí admiten detención por flagrancia o por orden judicial, lo que la moción en comento pasa por alto.

Bien se obraría si se efectuara la siguiente modificación legal que, respetuosamente, me atrevo a sugerir: que se introduzca en los artículos 457 inciso primero y 458 del CP, inmediatamente después del vocablo “violencia”, las tres veces que se utiliza, las palabras “o intimidación”. De este modo, además de poner término a una antigua discusión en la doctrina penal chilena, en cuanto a si la usurpación en que se emplea intimidación debe ser considerada como usurpación violenta (art. 457) o como usurpación no violenta (art. 458), se reduciría más el grupo de casos que la moción considera problemáticos. Ello es así, porque la intimidación que eventualmente se emplee en la usurpación, además de originar una multa de mayor cuantía, es altamente probable que origine un delito de amenazas en cualquiera de sus formas, delito que sí admite detención, tanto por flagrancia, como por orden judicial.

Incluso podría incluirse en los artículos 457 y 458, después de las referencias a la violencia o intimidación en las personas, alternativamente, una alusión a la fuerza en las cosas como modalidad comisiva. Ello no sólo haría que la usurpación ejecutada con tal medio comisivo reciba una pena de cuantía superior –pues hoy recibe la multa prevista para las usurpaciones no violentas (art. 458)–, sino que también aminoraría todavía más el grupo de casos que la moción estima problemáticos. Si la usurpación se comete mediante fuerza en las cosas, muy probablemente, además de la usurpación, se cometerá un delito de daños, delito que también admite detención (incluso si se trata de una falta, según lo señala el artículo 134 inciso cuarto del CPP) y que se debe sancionar adicionalmente, conforme a la regla concursal que establece el artículo 457 del CP.

Si se hicieran estas modificaciones, probablemente la mayoría de los casos quedarían cubiertos por la figura del artículo 457. En estas circunstancias, valdría la pena meditar acerca de la necesidad de mantener la figura de la usurpación no violenta del artículo 458 del CP.

Sólo si las anteriores sugerencias no fueran estimadas suficientes, recién entonces y como medida de último recurso, sin necesidad de establecer una pena privativa de libertad –por las razones ya señaladas–, podría eventualmente incluirse en el inciso cuarto del artículo 134 del CPP, una referencia a los delitos 457 y 458 del CP, como excepción a la regla de que no cabe detención por flagrancia cuando el delito no está sancionado con penas privativas o restrictivas de libertad.

e) Sobre el reconocimiento expreso del carácter permanente del delito de usurpación

La moción propone incorporar en el CP un artículo 458 bis del siguiente tenor: *“Los delitos a que se refieren los artículos 457 y 458 tienen carácter permanente desde que se dé inicio a su ejecución y mientras persista la ocupación, por lo que para los efectos del artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal en relación al artículo 83 letra b) del mismo Código, se considerará flagrancia todo ese lapso de tiempo”*.

Con independencia de la evidente redundancia en que se incurre en la parte final de la disposición propuesta (debería aludir a un lapso, no a un lapso *de tiempo*, porque todo lapso supone el transcurso de cierto tiempo) y de la

equivocada utilización de la preposición “a” (no debería emplear la expresión “en relación al”, sino la frase “en relación con el”), se trata de una disposición que merece tres comentarios. En primer lugar, si fuera aprobado, este precepto tendría que ser incluido en el CPP y no en el CP, atendida su evidente naturaleza procesal. En segundo término, se incurre en un error al reconocer a la usurpación de inmuebles un carácter permanente “desde que se dé inicio a su ejecución”. En los delitos permanentes, es su consumación lo que permanece hasta que se abandona la situación antijurídica; la consumación de un delito acaece en un momento posterior al comienzo de su ejecución⁹. Y, en tercer lugar, se trata de una disposición completamente innecesaria, pues nadie pone en duda que, en Chile, la usurpación es un delito permanente, carácter que produce importantes consecuencias, en materia de prescripción (no empieza a correr sino una vez que finaliza la ocupación del inmueble), de legítima defensa (mientras permanezca ocupado el bien raíz, cabe esta causa de justificación, tanto por el ofendido, como por terceros), de autoría y participación (mientras subsista la ocupación, quienes colaboran con el mantenimiento de la situación antijurídica no son encubridores, sino cómplices), de flagrancia delictiva (mientras siga ocupado el inmueble, se estará frente a un delito flagrante), etc. Si se aprobara una disposición como esta, sería una auténtica rareza, pues es inusual encontrarse con algún precepto semejante en el panorama comparado.

f) Sobre la pretensión de agravar la responsabilidad del usurpador si se vale de un menor de edad

La moción propone incorporar en el CP un nuevo artículo 458 ter, del siguiente tenor: “*En los casos en que un mayor de dieciocho años ocupare un predio valiéndose, engañando, utilizando, forzando o coaccionando a un menor de edad, y aun cuando la participación de este no diere lugar a responsabilidad penal, el mayor de dieciocho años será castigado con la pena establecida en el artículo 457 aunque no mediare violencia o intimidación. El consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá al mayor*”.

Es curioso constatar que esta disposición, de aprobarse, sólo tendría sentido en el caso de que se trate de una usurpación no violenta (art. 458), porque si la usurpación es violenta (art. 457), no produciría ningún efecto

⁹ Por todos, véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 232.

agravatorio, al preverse la imposición de la misma pena contemplada para esta última figura delictiva.

Además, parece no tenerse en cuenta el hecho de que el CP ya aumenta la pena en un grado, cualquiera sea el delito cometido, cuando un mayor de edad se prevale de un menor de edad en su perpetración (art. 72). Es cierto que las penas de multa, como la que prevé el artículo 457, no pueden aumentarse en grado; pero también lo es que los delitos que pueden cometerse mediante violencia (lesiones u homicidio), están sancionados con penas privativas de libertad¹⁰, las que sí se aumentarían si hubiera prevalimiento de un menor de edad. Y si se incluyera como modalidad comisiva en el artículo 457 la intimidación (e incluso la fuerza en las cosas), cabría decir lo mismo respecto de las penas previstas para los delitos a que diere lugar tal medio comisivo, si se utilizaren menores de edad.

g) Sobre la pretensión de aplicar a la usurpación las reglas de determinación de pena del artículo 449 del CP

La moción propone incluir un nuevo delito 462 bis, del siguiente tenor: “*Para la determinación de la pena en los delitos comprendidos en este párrafo se estará a lo dispuesto en el artículo 449*”.

Lo que se pretende es impedir que la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal permita imponer una sanción inferior al mínimo de la pena abstractamente asignada por la ley al delito. Sin embargo, no se aprecia en el proyecto ninguna razón que pueda justificar esta limitación en el proceso de conmensuración de la pena, que obligaría a tratar en la misma forma hechos muy distintos entre sí. Cuando mediante la Ley N° 20.931, de 2016, conocida como (segunda) “agenda corta anti delincuencia”, se incorporaron las reglas de determinación de pena del artículo 449 del CP para la mayoría de los delitos de hurto, robo y receptación, la razón que se invocó para justificar su inclusión fue la necesidad de evitar una sensación general de defraudación de expectativas punitivas, ya que era muy frecuente que en las condenas por estos delitos se impusieran penas inferiores al mínimo legal, como consecuencia de la presencia de circunstancias atenuantes. Con independencia de que, a mi juicio, ello no permitía justificar la modificación legal que se hizo para hurtos, robos y receptación, lo cierto es que semejante defraudación de expectativas no puede afirmarse que exista en materia de

¹⁰ Salvo las lesiones leves (art. 494 N° 5 CP).

usurpación, porque la diferencia en el número de sentencias que se dictan por unos y otros delitos es muy grande. Mientras los hurtos, robos y receptaciones cubren buena parte del total de causas del sistema procesal penal, a las usurpaciones corresponde un número muy reducido. El propio proyecto reconoce en su exposición de motivos (“Antecedentes”, letra b), que el delito de usurpación tiene muy poca aplicación. ¿De qué defraudación de expectativas podría hablarse, para evitar la cual pueda servir la modificación que se propone?

h) Sobre la modificación que se pretende introducir en el artículo 124 del CPP

La moción propone reemplazar el artículo 124 del CPP, atribuyéndole el siguiente texto: “*Cuando la imputación se refiriere a simples delitos sancionados con pena única de multa no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación*”.

La modificación que se propone es altamente inconveniente, por dos razones. La primera es que pretende sustituir íntegramente el artículo 124 del CPP, incluyendo su inciso segundo, para cuya eliminación no se ofrece ningún texto que ocupe su lugar. Se alude allí a la posibilidad de ordenar, además de la citación, otras medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado cuando se trata de ciertas faltas (las que menciona el inciso cuarto del artículo 134 del CPP); a la procedencia del arresto por falta de comparecencia, y a la posibilidad de imponer detención o prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 del CPP, todo lo cual desaparecería si se aprobara la modificación en los términos en que se propone.

La segunda razón es que el texto propuesto, al aludir a simples delitos, parece conducir al absurdo de que, si se trata de una falta (delito menos grave) sancionada con pena única de multa, sí sería posible disponer medidas cautelares personales, además de la citación. El apartamiento de la lógica es ostensible.

2. Boletín N° 13.657-07

a) Sobre la incorporación de la frase “con ánimo de apropiarse”

Esta moción pretende incorporar en el artículo 457 del CP la frase “con ánimo de apropiarse de ella” (de la cosa inmueble). Se trata de una incorporación completamente innecesaria, ya que no se tienen dudas acerca de la exigibilidad de dicho ánimo para que se configure el delito de usurpación. Pero, además, resulta inconveniente, ya que la frase se incluiría sólo en el referido artículo, lo que podría dar pie para sostener, equivocadamente, que en otras figuras de usurpación que no contienen una referencia similar no sería necesaria la presencia de dicho ánimo.

b) Sobre la distinción que se pretende introducir en el artículo 457 del CP

La moción asume que es más grave la forma de usurpación consistente en ocupar violentamente un inmueble, que la que consiste en usurpar con violencia un derecho real (sobre inmueble) o en ocupar un bien raíz en ausencia del poseedor o tenedor y repelerlo violentamente a su regreso. Por eso, pretende asignarles sanciones diferentes, estableciendo una pena privativa de libertad para la primera forma de usurpación y manteniendo una multa, aunque superior a la actual, para las otras.

Sin embargo, esta moción pasa por alto el hecho de que en las tres modalidades existe usurpación y se emplea violencia, razón por la cual no parece de recibo establecer diferencias en la pena.

Viña del Mar, abril de 2021



Dr. Guillermo Oliver Calderón
Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso