

MINUTA DE COMENTARIOS
BOLETINES REFUNDIDOS N°s 13.657-07 Y 14.015-25

I.- CUESTIÓN GENERAL:

En cuanto fenómeno social, es posible constatar que la perpetración del delito usurpación (ocupación) de inmuebles, sean éstos rurales o urbanos (artículos 457 y 458 del Código Penal), ha experimentado un importante incremento. Ello, a consecuencia de varios factores, algunos de orden político y socioeconómico, pero también debido a que la ley les asigna penas muy bajas, además de la falta de mecanismos jurídicos expeditos y eficaces para que las víctimas puedan ejercer adecuadamente su derecho a ser restituidos en el inmueble usurpado.

En mi experiencia profesional, este problema presenta matices diversos en cuanto a las características de quienes perpetran el delito. Hay casos (incluso divulgados a través de medios de comunicación social), en que personas usurpan una casa que se encuentra transitoriamente desocupada porque sus moradores han viajado, porque se trata de segundas viviendas o porque ellas han sido puestas en venta o para ser arrendadas. Es también posible observar casos, lamentablemente en aumento, en que grupos organizados ingresan a terrenos urbanos o rurales (que incluso no tienen un destino habitacional) y proceden a lotear el inmueble y a “vender” esos lotes a familias necesitadas para que construyan allí sus viviendas (evidentemente, son casos de abusos de la situación de vulnerabilidad en que esas personas se encuentran). Además, quienes viven en un bien raíz ocupado, lo hacen en forma extremadamente precaria, en viviendas livianas, sin que tengan acceso a agua potable, a electricidad y combustible, lo que pone en riesgo la salud e incluso la vida de esas personas y de los familiares que los acompañan. Sin contar además con el hecho de que en la mayoría de casos esas construcciones y la ocupación del inmueble infringe las normas de urbanismo que rigen en el país.

Las personas tienen derecho a acceder a una vivienda digna, pero el obligado a proporcionarlas es el Estado a través de distintos medios (por ejemplo, subsidios de arriendo o para la compra de casas). No se puede ejercer legítimamente este derecho mediante la perpetración de delitos (como el de usurpación de inmueble) ni a costa de las víctimas (dueños de esos inmuebles), sean bienes particulares o fiscales). En un Estado de Derecho no puede permitirse que las personas se hagan justicia por sí mismos invadiendo los derechos de otros.

Este panorama ha conducido a que las víctimas de estos delitos no están debidamente amparadas por el sistema judicial y de persecución penal, ya que los medios que se les ofrece carecen de la eficacia y de la expedición necesaria para resolver el problema.

Las acciones civiles (precario) para que la víctima pueda recuperar su propiedad no resultan eficaces y existen numerosas trabas y problemas para ejercerlas y para que prosperen. Desde luego, en los casos de ocupaciones masivas es muy difícil individualizar a las personas a quienes se debe demandar y notificar y, en ocasiones, se produce una suerte de fungibilidad, en que -mediando concierto- los ocupantes individualizados son sustituidos por personas cercanas que no están individualizadas, de modo de hacer fracasar la demanda o su notificación. A ello debe agregarse que muchas veces los ocupantes impiden, incluso con violencia, que los receptores judiciales puedan notificar las demandas o practicar las “búsquedas” para los efectos de que la notificación se haga conforme al artículo 44 de Código de Procedimiento Civil.

En sede penal, una errada interpretación de las normas sobre flagrancia ha hecho que las policías no practiquen las primeras diligencias de la investigación (sin orden judicial previa) conforme a las

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

facultades que le otorga el artículo 83 del Código Procesal Penal (“CPP”)¹, prestando auxilio a las víctimas, empadronando a los ocupantes e impidiendo que el delito -que es de carácter permanente- continúe perpetrándose, al permitir que continúe la ocupación del inmueble usurpado. La letra a) del artículo 130 CPP considera que se encuentra en situación de flagrancia quien “...**actualmente se encontrare cometiendo el delito**”, que es lo que ocurre en un delito permanente mientras se sigue consumando. Las policías sólo intervienen en la medida en que se les requiera dentro de las doce horas siguientes al inicio de la ocupación, conforme al inciso final del artículo 130 CPP², olvidándose

¹ “Artículo 83.- Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:

a) Prestar auxilio a la víctima;

b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;

c) Resguardar el sitio del suceso. Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia;

En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal oficial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados en el párrafo precedente y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad. Asimismo, el personal policial realizará siempre las diligencias señaladas en la presente letra cuando reciba denuncias conforme a lo señalado en la letra e) de este artículo y dará cuenta al fiscal que corresponda inmediatamente después de realizarlas. Lo anterior tendrá lugar sólo respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de las instrucciones generales a que se refiere el artículo 87. En dichas instrucciones podrá limitarse esta facultad cuando se tratase de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo.

d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87;

e) Recibir las denuncias del público, y

f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.”

² “Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

b) El que acabare de cometerlo;

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

de que -al tratarse de un delito permanente- **existe flagrancia mientras se mantenga la ocupación** (como la hay en el delito de secuestro y en el de sustracción de menores mientras se mantenga privada de libertad a la víctima). He podido observar que en varios casos, para evitar la intervención policial, los usurpadores prefieren actuar durante un fin de semana (especialmente si es extendido), de modo que cuando la víctima se percata del hecho, ya han transcurrido las doce horas que señala el artículo 130 CPP y no pueden reclamar eficazmente el auxilio de la policía.

Durante el desarrollo del procedimiento penal es también dificultoso que las víctimas ejerzan con éxito la acción civil restitutoria. Muchos jueces de garantía interpretan (equivocadamente a mi juicio) las normas pertinentes a dicha acción civil en términos de excluir de ella la recuperación de inmuebles usurpados.

Por último, al formalizarse investigación en contra de uno o más usurpadores, muchos jueces de garantía entiende que no es posible aplicarles medidas cautelares personales, incluyendo la prevista en la letra i) del artículo 155 CPP, esto es, "**la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado**" porque a su juicio, el artículo 124 CPP³ lo impediría al no asignar los artículos 457 y 458 del Código Penal una pena privativa ni restrictiva de libertad. De esta forma, el procedimiento sigue adelante y mientras tanto el delito se sigue perpetrando.

Los proyectos de ley que comento -en particular el que corresponde al Boletín 14.015-25- intentan abordar algunos de estos problemas, de modo que me parecen bien inspirados. Si embargo, estimo que es necesario hacer correcciones a algunas de las normas que proponen y en otros casos, complementarlas, como explicaré más adelante.

II.- SITUACIÓN DE FLAGRANCIA:

1.- **No se discute que la usurpación (ocupación) de inmuebles es un delito permanente.** "*La permanencia del invasor en el inmueble ocupado, por breve que sea, pero que en todo caso exteriorice el ánimo de señor y dueño. Una ocupación fugaz, seguida de una pronta retirada, podría constituir otro delito, mas no éste. Esta característica de la usurpación le confiere entre nosotros el carácter de delito permanente, ya que la acción no consiste en despojar al dueño o expulsarlo (lo que sería un delito instantáneo), sino en ocupar o usurpar, expresiones ambas que denotan una situación que se prologa en el tiempo. El delito es permanente y su consumación dura mientras dura la ocupación o usurpación.*" (ETCHEBERRY) "*Asimismo, se da pluralidad de acciones con unidad de hecho punible en los llamados delitos permanentes, es decir, aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación. Así por ejemplo, en el secuestro del art. 141, inc. Primero, del C.P., en la sustracción de menores del art. 142 o en la usurpación de los arts. 457 y 458*" (CURY).

f) El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) Art. 2 N° 7 a) y f) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas."

³ "Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33."

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

2.- Que sea un delito permanente implica que el delito **se consuma al momento en que el sujeto crea la situación antijurídica y se sigue consumando mientras no se peno término a dicha situación antijurídica**. Así, el delito de secuestro se está consumando mientras se mantiene a la víctima privada de libertad; del mismo modo, **el de usurpación de inmueble se está consumando mientras se mantiene ocupado el inmueble**. Ello trae varias e importantes consecuencias. Por ejemplo, el término de prescripción no empieza a correr en tanto no cese la consumación del delito, es posible la legítima defensa -con los requisitos correspondientes- durante todo el tiempo que se está consumando el delito, etcétera.

3.- En lo procesal, que el delito de usurpación de inmuebles sea permanente implica que **se está cometiendo mientras se mantiene la ocupación de la propiedad** y, por lo tanto, **mientras no sea desocupada, hay una situación de flagrancia** con arreglo a la letra a) del artículo 130 CPP: “Se entenderá que se encuentra en **situación de flagrancia**: a) **El que actualmente se encontrare cometiendo el delito,**”

4.- El hecho de tratarse de una situación de flagrancia determina que la policía pueda **actuar en forma autónoma (sin orden judicial previa)** y desalojar a los invasores de la propiedad, sin perjuicio de las demás facultades que les otorga el artículo 83 CPP.

5.- Sin embargo, con fecha 4 de abril de 2018 la Corte Suprema (Sala Penal) acogió un recurso de amparo constitucional y declaró ilegal el desalojo que la policía hizo de un predio ocupado sin orden judicial previa porque ello ocurrió **después de las doce horas siguientes al inicio de la ocupación** (Rol N° 5427-2018). El fallo, que no comparto, reconoce de modo expreso que el delito de usurpación de inmueble **es permanente**, pero agregó: “...cabe considerar la especial naturaleza de este ilícito, donde la extensión en el tiempo de esa ocupación naturalmente otorgan una **“aparente” legitimidad al ocupante frente a terceros** -sin que ello implique afirmar que el caso de autos corresponda al reglado en el inciso 2° del artículo 457 del Código Penal, que requiere más que el mero apoderamiento material-, al contrario del delito de secuestro, por ejemplo, donde la prolongación de la privación de libertad del afectado hace aún más patente la antijuridicidad de la conducta del hechor y todavía más urgente la intervención de la autoridad para ponerle término”.⁴

⁴ En lo pertinente, el texto del fallo es el siguiente:

“Primero: Que de lo antecedentes reunidos en autos aparece no controvertido que los funcionarios de Carabineros, ante la solicitud de su dueño de 20 de febrero de 2018, ingresan al día siguiente -21 de febrero- al Fundo “El Fiscal” ubicado en la Ruta R-182 de la comuna de Collipulli, y expulsan a un grupo de al menos 8 personas integrantes de... que había ingresado a ese predio, sin violencia, y levantado construcciones livianas en ese lugar, todo ello, sin orden judicial ni instrucciones del Ministerio Público para así proceder, organismo este último que sólo había dispuesto medidas de protección a favor del dueño del lugar (contacto telefónico, rondas periódicas diurnas y punto fijo nocturno). La ocupación ilegal del inmueble había sido comunicada a carabineros ya el día 19 de febrero por el encargado de la administración del fundo en cuestión y constatada ese mismo día por los policías.

Segundo: Que, en ese contexto, en el que no existe orden judicial que avale la actuación llevada a cabo por carabineros, cabe examinar si se presentaba en la especie una situación de flagrancia que autorizara el actuar autónomo de parte de los policías, para expulsar del predio, compulsivamente, a sus ilegítimos ocupantes.

Tercero: Que, con ese objeto, cabe primero considerar que, que conforme al inciso 3° del artículo 83 de la Constitución Política de la República “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.” Asimismo, el artículo 19 N° 7 letra c) del mismo texto señala que “Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

Por su parte el artículo 5 del Código Procesal Penal expresa que “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes./ Las disposiciones de este Código que

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía". El artículo 9 agrega que "Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa./ En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía."

Cuarto: Que a la luz de las normas constitucionales y legales antes transcritas, debe concluirse que las hipótesis de "situación de flagrancia" que establece el Código Procesal Penal en su artículo 130 deben ser interpretadas restrictivamente y no se pueden aplicar por analogía, pues se trata de una excepción a la regla general consagrada a nivel constitucional que impone que toda privación o restricción a la libertad personal debe ser autorizada judicialmente.

Quinto: Que, por otra parte, si bien el delito de usurpación no violenta es uno de carácter permanente, ya que "su consumación dura mientras dura la ocupación o usurpación" (Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jdca., T. III, 2001, p. 369), en este caso, cabe considerar la especial naturaleza de este ilícito, donde la extensión en el tiempo de esa ocupación naturalmente otorgan una "aparente" legitimidad al ocupante frente a terceros -sin que ello implique afirmar que el caso de autos corresponda al reglado en el inciso 2° del artículo 457 del Código Penal, que requiere más que el mero apoderamiento material-, al contrario del delito de secuestro, por ejemplo, donde la prolongación de la privación de libertad del afectado hace aún más patente la antijuridicidad de la conducta del hechor y todavía más urgente la intervención de la autoridad para ponerle término.

Sexto: Que, en razón de lo anterior, y de lo más arriba explicado, es que para efectos de definir si nos encontramos frente a una situación de flagrancia de aquellas que trata el artículo 130 del Código Procesal Penal, en el caso del delito de usurpación no violenta que se viene estudiando, debe estarse al momento de la ocupación del inmueble, esto es, al momento del ingreso al mismo por medios no violentos, pues el paso del tiempo desde que se inició esa ocupación impedirá afirmar que resulta, flagrante, evidente o patente la comisión del delito y, por ende, no justificará una actuación autónoma por parte de los policías que los libere del deber de requerir, por intermedio de la Fiscalía, de autorización judicial para realizar acciones que priven o limiten los derechos de terceros, en este caso, los ocupantes.

Séptimo: Que, así las cosas, dado que el administrador del predio comunicó su ocupación a los policías el día 19 de febrero del año en curso, concurriendo éstos al lugar y verificando la efectividad de la denuncia, en ese momento -y por no más de 12 horas como establece el mismo artículo 130-, se encontraban los agentes estatales en una situación de flagrancia de aquellas que trata el artículo 130 del Código Procesal Penal y que los habilitaba, si bien no para detener a los ocupantes, al proceder respecto de ellos únicamente la citación conforme a los artículos 124 y 134 del mismo código -por no sancionarse el delito en examen del artículo 458 del Código Penal con una pena restrictiva o privativa de libertad, sino sólo con multa-, sí para conducirlos al recinto policial -con el consiguiente, desalojo pretendido por la víctima-, para efectuar allí la citación a la presencia del fiscal -previa comprobación del domicilio- como prescribe el citado artículo 134.

Octavo: Que, sin embargo, la policía no obró en la forma señalada, sino que ingresó al predio a desalojar a sus ocupantes dos días después, sin orden judicial que los autorizara para ello, y sin facultad legal que los habilitara para actuar autónomamente, pues el auxilio de la víctima que ordena prestar sin orden judicial ni instrucción del Ministerio Público el artículo 83 letra a) del Código Procesal Penal, no comprende, desde luego, en obediencia a la interpretación restrictiva que ordena el artículo 5 antes vista, actuaciones que afecten la libertad personal de terceros, actuaciones que, en todo caso, se regulan en otros literales de la misma disposición así como en otros artículos del mismo código.

Noveno: Que en conclusión, habiéndose constatado que los policías ingresan al predio en que se encontraban los amparados con el objeto de expulsarlos del mismo, compulsivamente en caso de no hacerlo aquéllos voluntariamente -como ocurrió-, procediendo de esa forma sin orden judicial que lo ordene ni norma legal que los autorice, han obrado de manera ilegal, debiendo en consecuencia adoptarse las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y evitar la reiteración de estas actuaciones objetadas.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de veintiuno de marzo del año en curso, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en el Ingreso de Corte N° 32-18, y en su lugar, se declara que se acoge el recurso interpuesto de favor de los amparados... ..declarándose que el procedimiento llevado a cabo el 21 de febrero de 2018 por Carabineros de Chile en el Fundo "El Fiscal" ubicado en la Ruta R-182 de la comuna de Collipulli fue ejecutado sin orden judicial o norma legal que lo ordenara o autorizara, afectándose de esa forma, ilegalmente, la libertad personal y seguridad individual de los amparados que fueron sujetos de ese procedimiento, debiendo Carabineros en el devenir,

6.- El razonamiento es en mi opinión insólito y no puede compartirse. Que este delito sea permanente implica que hay **situación de flagrancia** mientras se mantiene la ocupación de la propiedad. Sostener que el mero transcurso del tiempo de la ocupación (en este caso unas pocas horas o días) da a los usurpadores una **“aparente legitimidad frente a terceros”** es algo a lo menos discutible a la luz de nuestro sistema jurídico y de los principios del Estado de Derecho (sería un reconocimiento judicial inadmisibles a la autotutela). Y aunque así fuera -lo que no comparto- ningún efecto tendría en el hecho de tratarse de una situación de flagrancia: ¿O dejaría de perpetrarse actualmente el delito por el mero transcurso del tiempo de la ocupación?

7.- Lamentablemente, el criterio asentado en la esa sentencia ha sido tomado como regla general de conducta de las policías frente a casos de usurpaciones inmuebles. De modo que la policía sólo se entiende a sí misma autorizada para proceder sin necesidad de orden previa, si no han transcurrido doce horas desde el inicio de la invasión del inmueble, conforme al inciso final CPP. Vencido ese plazo, solo los tribunales de justicia podrían autorizar el desalojo del inmueble.

8.- Es evidente que esta forma de actuación impide que la víctima reciba la oportuna protección a que tiene derecho y que le debe brindar el Estado a través de las policías, y deba someterse a las vicisitudes de un largo proceso judicial cuyo resultado -en lo que a la recuperación del inmueble se refiere- es incierto.

9.- En este sentido, el proyecto de ley del Boletín 14.015-25 apunta correctamente a cerrar o impedir esta (equivocada) interpretación judicial y policial acerca de la situación de flagrancia en este delito, sin perjuicio de los comentarios al texto que mencionaré más adelante. La propuesta del proyecto es incluir en el Código Penal un nuevo artículo 458 bis del siguiente tenor:

“Artículo 458 bis. 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”.

10.- Como primer comentario, me parece que **no es adecuado introducir en el Código Penal una regla puramente procesal, como lo es la relativa a la flagrancia** (a pesar de que no es infrecuente encontrar en el Código Penal normas puramente procesales). Una disposición de esta clase **debería incluirse en el CPP, como un nuevo inciso al artículo 130, relativo a la flagrancia.**

11.- En segundo lugar, **es también inconveniente que la ley dé expresamente a un tipo penal una denominación o característica que es doctrinaria, como lo es el de “permanente”**. Tales calificaciones deben evitarse, sin perjuicio de que pueda lograrse el objetivo que se persigue mediante un texto que no recurra formalmente a esa clase de definiciones.

12.- Por último, **el nuevo inciso que propongo añadir al artículo 130 CPP debería incluir a otros delitos permanentes, de manera que tenga un carácter de regla general explícita para esa categoría de tipos penales.** Concretamente, el texto que propongo es el siguiente:

“En los delitos previstos en los artículos 141, 142, 457, 458, 459, 460 y 461 del Código Penal existe situación de flagrancia conforme a la letra a) del inciso primero mientras se mantenga privada de libertad a la víctima en los dos primeros casos y, en los demás, mientras subsista la ocupación del inmueble,

ajustarse estrictamente a las normas que autorizan su actuación autónoma en la forma en que se razona en este fallo.”

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

la usurpación de derechos reales constituidos sobre ellos o la usurpación de las aguas. La misma regla se aplicará a los demás delitos cuya consumación se prolonga en el tiempo, mientras dicha consumación se mantenga.

III.- ACCIÓN MERAMENTE RESTITUTORIA:

1.- Esta materia **no es abordada** por los proyectos de ley de los Boletines N°s 13.657-07Y 14.015-25. Sin embargo, para la adecuada protección de las víctimas, considero que es clave hacerse cargo de ella para los efectos de que pueda **recuperar su propiedad mediante una resolución judicial oportuna y eficaz.**

2.- **En el proceso penal** se pueden deducir -con los requisitos del caso- **acciones de carácter civil.**

3.- **La acción civil en el proceso penal puede ser indemnizatoria** (que se puede ejercer, a elección del titular, en sede penal o civil) o **restitutoria, que necesariamente debe ejercerse en sede penal**, según lo dispone el inciso 1° del artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales:

*“Art. 171. La acción civil que tuviere por objeto **únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.**”*

(...)

4.- A su vez, el **inciso 1° del artículo 59 CPP** reitera dicha regla de competencia y agrega que la acción civil restitutoria debe ejercerse **“de conformidad a lo previsto en el artículo 189”**:

*“Artículo 59.- Principio general. La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, **deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189.**”*

5.- Por su parte, el **artículo 189 CPP** dispone:

“Artículo 189.- Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación.

*Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las **cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor.***

En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo.”

6.- En el **delito de usurpación de inmuebles**, la regla del inciso 1° del artículo 189 **difícilmente resulta aplicable**, ya que se refiere a los objetos recogidos o incautados en el procedimiento (evidencias u objetos no ilícitos que puedan usarse como instrumentos del delito).

7.- En cambio, el inciso 2° de esta norma, otorga **un procedimiento y expedito y eficaz** para que el **dueño o legítimo titular pueda recuperar una cosa objeto de un delito de estafa, hurto o robo:**

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

lo puede hacer en cualquier estado del procedimiento, bastando para ello con acreditar el dominio o tenencia sobre la cosa y su valor (tasación).

8.- En mi entendimiento, lo que hace el inciso 1° del artículo 59 CPP es aplicar **el procedimiento del inciso 2° del artículo 189 CPP en todos los casos en que se ejerce la acción restitutoria, aunque no se trate de especies hurtadas, robadas o estafadas.** De modo que se podría aplicar esa norma para recuperar judicialmente el inmueble usurpado o la cosa mueble objeto de apropiación indebida (sin perjuicio de otros casos), en cualquier estado de la causa y bastando acreditar el dominio o tenencia y el valor de la cosa.

9.- Este criterio es seguido por varios jueces de garantía. Sin embargo, otros hacen una interpretación distinta del inciso 1° del artículo 59 CPP en relación al inciso 2° del artículo 189 CPP, **restringida únicamente a las cosas hurtadas, robadas y estafadas.**

10.- Esta última interpretación conduce al absurdo de que la acción restitutoria en el proceso penal, cuando no recae sobre especies hurtadas, robadas o estafadas, carecería de un procedimiento para ejercerla, salvo que se conocida en el juicio oral.

11.- En realidad **no hay ninguna razón que justifique esa interpretación excluyente.** ¿Por qué la víctima de estafa, rubo o hurto puede recuperar eficaz y prontamente lo hurtado, robado o estafado, pero la víctima de un delito de apropiación indebida o de usurpación de inmueble no? La verdad es que son todas situaciones análogas, que deberían recibir un mismo tratamiento jurídico y solución.

12.- Por tal motivo, **propongo agregar en el inciso 2° del artículo 189 CPP** la frase que destaco en negrita y subrayado:

“Artículo 189.- Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación.

*Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor. **Lo mismo se aplicará respecto la restitución de la cosa de la que otro se ha apropiado indebidamente y de los inmuebles en los casos de los artículos 457 y 458 del Código Penal.***

En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo.”

III.- MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DE ABANDONO DE UN INMUEBLE DETERMINADO:

1.- A pesar de que, según la pena asignada por la ley al delito de usurpación de inmueble, su persecución penal debe llevarse adelante en el marco de un **procedimiento simplificado**, la Fiscalía suele formalizar investigación respecto de los imputados (como acto de garantía hacia ellos), sin perjuicio de que más adelante pueda sustituir el procedimiento.

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

2.- Formalizada investigación, surge la posibilidad de que **-para asegurar los fines del procedimiento-** el juez de garantía decreta **medidas cautelares personales**, entre las cuales se encuentra la de la letra i) del artículo 155 CPP, esto es: **“i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.”**

3.- Una medida como esa es **adecuada y proporcional** en un procedimiento por el delito de usurpación de inmueble porque **no es tolerable** desde el punto de vista jurídico que se formalice investigación respecto de un imputado y la causa siga adelante en su contra mientras el **delito se sigue cometiendo por mantenerse la ocupación de la propiedad (delito permanente)**, todo ello **ante los ojos impasibles del Tribunal, de la Fiscalía y de todo el mundo.**

4.- Algunos jueces de garantía entienden que **es posible imponer a un imputado** en estos casos una medida cautelar personal de las previstas en el artículo 155 CPP, siempre que no afecten en forma intensa la libertad del imputado (por ejemplo, se puede decretar un arraigo nacional o una firma periódica). Otros, en cambio, sostienen **que no es posible ya que los artículos 457 y 458 del Código Penal no asignan al delito una pena privativa de libertad y el artículo 124 CPP sólo permite imponer como medida de restricción la de citación.**⁵

5.- El proyecto de ley que corresponde al **Boletín N° 14.015-25** corrige esta situación a través de varias modificaciones, que apuntan en la línea correcta.

6.- En primer lugar, modifica el actual artículo 124 CPP estableciendo que **no procede imponer restricciones a la libertad personal del imputado únicamente en el caso de que la ley asigne al delito una pena de multa (no como es actualmente en que la exclusión opera si el delito no tiene asignada pena restrictiva ni privativa de libertad).** El texto que se propone es el siguiente:

“Artículo 124. 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.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.”

7.- Seguidamente, modifica las penas asignadas al delito de usurpación de inmueble. En el caso de **la usurpación violenta (artículo 457 del Código Penal)**, pasa a ser **presidio menor en su grado mínimo**, y en el de **la usurpación no violenta (artículo 558 del Código Penal)**, se asigna la pena de **prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un lapso entre 61 y 90 días**. Ninguna de ellas es de multa, de modo que **no resultaría aplicable en estos casos la exclusión del artículo 124 CPP (modificado como también se propone)**, pudiendo el juez de garantía decretar respecto del imputado la medida cautelar personal de hacer abandono un inmueble determinado.

8.- Por su parte, el proyecto de ley del **Boletín N°13.657** aumenta la pena del delito del artículo 457 del Código Penal **usurpación violenta) a la de presidio menor en su grado medio**. Esta pena me parece también **razonable** en su entidad, pero dicho proyecto de ley **mantiene para el caso del delito del artículo 458 del Código Penal (usurpación no violenta) como pena única la de multa**, con lo

⁵ *“Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.*

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.”

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

cual **no se soluciona el problema planteado ya que el artículo 124 CPP -modificado en la forma propuesta- excluye toda medida que afecte la libertad del imputado que sea distinta a la de citación.**

9.- Además, considerando cualquiera de los proyectos de ley en análisis, el aumento de penas **me parece completamente justificado**. El delito de usurpación de inmueble tiene actualmente asignada **una pena que es muy leve**, especialmente **en comparación con delitos de apropiación de cosas muebles (hurto y robo)**. Algunos lo explican porque tratándose de bienes raíces no existe posibilidad de que la cosa desaparezca o se haga muy difícil encontrarla, *“sin embargo, se ha denunciado que esta diferencia entre la sanción por la usurpación y el de los hurtos y robos no sería más que reflejo de clasismo, atendido el grupo social más propenso a cometer unos y otros y el momento histórico en que se estableció el Código (MATUS-RAMÍREZ).*

IV.- OTRAS MODIFICACIONES QUE SE PROPONEN EN LOS PROYECTOS DE LEY:

IV.I.- BOLETÍN 14.015-25 PUNTO N° 4) OCUPACIÓN PARCIAL Y TRANSITORIA:

1.- Se propone intercalar en el artículo 457 del Código Penal, entre las expresiones “ocupare” y “una cosa” la frase: “, ***aunque sea parcial y transitoriamente,***”

2.- En lo referente a que pueda ser **parcial**, **me parece una aclaración innecesaria** ya se perpetra el delito si la ocupación es de todo el inmueble o de una parte de él.

3.- Sin embargo, si con esta modificación se pretende corregir situaciones en las cuales los Tribunales de Justicia han considerado que no puede haber usurpación de una parte de inmueble (desconozco si existen casos así), la frase en cuestión se puede incluir.

4.- Es **inconveniente incorporar** la expresión “***transitoriamente***” y sugiero **desestimar esta propuesta**.

5.- Lo anterior, porque el de usurpación de inmueble es “...***un delito de desposesión o despojo material***. Si el delito de usurpación recae sobre un inmueble mismo se habla de ocupación, esto es, ***de la invasión o entrada en él, seguida de la permanencia***” (MATUS-RAMÍREZ). A su vez, ETCHEBERRY, refiriéndose a los requisitos o elementos del delito, afirma que entre ellos se encuentra “...***2. La permanencia del invasor en el inmueble ocupado, por breve que sea, pero que en todo caso exteriorice el ánimo de señor y dueño. Una ocupación fugaz, seguida de una pronta retirada, podría constituir otro delito, más no éste...***”

6.- En realidad, según se verá más adelante, el delito consiste en ***invadir un inmueble con ánimo de permanecer en él, excluyendo total o parcialmente al titular del derecho respectivo.***

7.- Por lo tanto, la expresión “***transitoriamente***” puede generar problemas de interpretación **por lo que sugiero no aprobarla**.

IV.II.- BOLETÍN 13.657-07 PUNTO N° 1): ÁNIMO APROPIATORIO”:

1.- El proyecto de ley pretende introducir en el tipo penal del artículo 457 del Código Penal (y, por ende, se extiende al artículo 458 del mismo Código) la exigencia explícita de que el autor obre “***con ánimo de apropiarse***” del inmueble.

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

2.- De esta forma, se pretende introducir en el delito de **usurpación de inmuebles un elemento subjetivo del tipo (trascendente)**: el **ánimo apropiatorio** o **animus rem sibi habiendo**, en términos análogo a los delitos de hurto y robo.

3.- Esta **propuesta es inconveniente y sugiero desestimarla.**

4.- Desde luego, hay que hacer notar que la **adquisición y tenencia del dominio sobre inmuebles está sujeta en Chile a un sistema registral**, de modo que en rigor no puede hablarse de una apropiación de inmueble, al menos en términos jurídicos estrictos. Por supuesto, es posible sostener que el ánimo apropiatorio en estos casos se refiere al propósito de **conducirse de hecho como dueño de la cosa ajena** (como ocurre en el delito de hurto), pero en mi opinión eso no justifica la inclusión de la frase en el tipo penal.

5.- Entre los elementos del delito de usurpación de inmueble se encuentran: **“3. El ánimo de señor y dueño por parte del invasor, precisamente traducido en el propósito de ocupación permanente y no transitoria, ni con otros fines...”**, y, **“...4. La exclusión, total o parcial, del titular del derecho (dueño o poseedor). Esta exclusión resulta esencial por cuanto si el derecho es de tal naturaleza que puede ser gozado por un tercero también, sin menoscabo alguno del derecho del titular, no puede hablarse de usurpación, que envuelve una idea de reemplazo o sustitución, y no de simple goce conjunto.”** (ETCEHEBERRY).

6.- Así, entonces, lo que se exige en este delito es **el ánimo de señor y dueño, que sólo se traduce en el propósito del invasor de permanecer en el inmueble, excluyendo al dueño o poseedor del mismo, y nada más.**

7.- La inclusión de la expresión ánimo apropiatorio en el tipo penal **puede generar problemas de interpretación**, especialmente **si se la considera en una forma distinta al ánimo de señor y dueño y éste, a su vez, con el único alcance de tratarse del propósito de permanecer en el inmueble ocupado, excluyendo al dueño o poseedor**

8.- En mi opinión, **no existe riesgo** de que el, sistema de persecución penal y el sistema judicial consideren como constitutivos del delito de usurpación casos en que se invade un inmueble **sin que haya ánimo de permanencia y de exclusión del dueño** (por ejemplo, una ocupación fugaz en el marco de una manifestación política). Esa conducta **no es constitutiva del delito en cuestión, ningún autor la consideraría así, no conozco sentencias judiciales que hayan acogido esa tesis y no corresponde a los criterios de actuación del Ministerio Público.**

9.- Por lo tanto, **parece razonable no perseverar en esta propuesta legislativa y no modificar la descripción del tipo penal.**

10.- Si, en cambio, **se insiste en incluir en el tipo penal alguna precisión en este sentido**, en lugar se referirse al ánimo de apropiarse, es preferible emplear la expresión **“con ánimo de permanecer en él”**, que es lo propio del señorío en este delito

IV.III.- BOLETÍN 14.015-25, PUNTO N° 7): VALERSE DE UN MENOR DE EDAD:

1.- El texto que se propone es el siguiente:

“Artículo 458 ter. “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

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ

ABOGADO

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”.

2.- Surgen dudas acerca del alcance de la expresión “**aun cuando la participación de éste no diere lugar a la responsabilidad**”, especialmente, en la hipótesis de valerse del menor de edad. ¿Quiere decir entonces que si el invasor se vale de un menor de edad responsable conforme a la ley 20.084 se aplica igualmente la figura agravada (artículo 457 del Código Penal) aunque no haya violencia? Por ejemplo, el mayor de edad le solicita a un menor de 17 años que, por ser de menor envergadura se introduzca al inmueble para abrir la puerta desde dentro y así permitir el ingreso. ¿Se justifica en este caso la agravación?

3.- Debe revisarse lo anterior, así como la redacción de la norma.

IV.IV.- BOLETÍN 14.015-25, PUNTO N° 8): DETERMINACIÓN DE LA PENA:

1.- El texto que se propone es el siguiente:

“Artículo 462 bis. Para la determinación de la pena en los delitos comprendidos en este párrafo se estará a lo dispuesto en el artículo 449.”

2.- La norma establece **un mecanismo especial para la determinación de la pena** en ciertos delitos, impidiendo al juez imponer una pena que exceda el máximo legal o sea inferior al mínimo.

3.- Estoy de acuerdo con esta regla, siempre que tenga carácter general (para todos los delitos), lo que lleva a una modificación del sistema de penas en la legislación chilena. Ello, con el objeto de mantener reglas iguales para todos los delitos.

Santiago, marzo de 2021



Juan Domingo Acosta Sánchez
Acosta & Cía.