

PROGRAMA DE ASESORIA PARLAMENTARIA

Fundación Nuevas Generaciones

en cooperación internacional con

Fundación Hanns Seidel¹

Propuesta de modificación del tipo penal de la usurpación en el derecho argentino²

Resumen ejecutivo

En el presente propone la modificación del art. 181 del Código Penal de manera tal que el término violencia sea considerado tanto como ejercido sobre las personas como sobre las cosas. De este modo se evitarán interpretaciones injustas para los casos de usurpación de propiedades.

I) El delito de usurpación en el derecho argentino

El artículo 181 del Código Penal de la Nación tipifica la usurpación estableciendo que dicho delito se comete cuando:

- a) por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;
- b) para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;
- c) con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Como se puede apreciar, para que exista delito de usurpación la norma menciona que debe mediar violencia. No obstante ello, entendemos que se debe establecer un criterio claro y unívoco acerca de la interpretación del término “violencia” y su alcance en el artículo citado

¹ La Fundación Hanns Seidel no necesariamente comparte los dichos y contenidos del presente trabajo.

² Trabajo publicado en el mes de mayo de 2016.

precedentemente. Para ello, hacemos eco de las posturas doctrinarias mayoritarias y la jurisprudencia prevaleciente.

La importancia de la especificación que hacemos al explicitar al concepto de “violencia” como inclusiva de la fuerza en las cosas y la violencia en las personas responde a la naturaleza punitiva del derecho penal y a la severidad de sus penas.

Como bien sabemos, el derecho penal es la rama cuyas consecuencias sobre las personas son las más gravosas, debido a que afecta derechos y garantías básicos, como la libertad de locomoción o de ejercicio libre de la profesión, entre otras.

Habida cuenta de estos posibles resultados, la doctrina y la Constitución Nacional, en sus artículos 18 y 19, han consagrado los principios morigerantes que salvaguardan las libertades de los ciudadanos frente a excesos en la redacción, interpretación y aplicación de estas normas. Estos principios son el de legalidad, tipicidad, de prohibición de interpretación analógica y el de *ultima ratio*, entre otros.

El primero de dichos principios se encuentra previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 11 inc. 2°), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25°), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9°), y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 9°), y establece que no puede haber pena sin ley anterior escrita (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta*).

En el caso del derecho penal, no sólo se exige la existencia de la ley, sino que también de la “tipicidad”. Este concepto se refiere a la estricta coincidencia entre la conducta realizada por el acusado y la conducta descripta por la norma.

Para mantener incólumes las garantías constitucionales de las personas, aquello que figure en la ley debe ser interpretado de la manera más taxativa y restrictiva posible para activar el poder punitivo del Estado, otorgando siempre el beneficio de la duda y la presunción de inocencia a favor del acusado hasta tanto no se demuestre su culpa. A fin de realizar esta interpretación, uno debe en primer lugar entender los términos en su sentido literal, y luego contextualizarlo en el sistema normativo en el que se halla inserto, sin incurrir en analogías (a diferencia del derecho privado, por

ejemplo, que admiten la analogía para evitar la inseguridad jurídica que propician las llamadas “lagunas legales”).

Por otro lado, existe también el principio de *ultima ratio* o “intervención mínima”, que asegura que el Estado sólo se inmiscuya en aquellas circunstancias graves en las que los ciudadanos no puedan prescindir de él. Tiene una actuación subsidiaria en los casos en que los otros mecanismos de protección del Estado de Derecho menos lesivos para las personas hayan sido insuficientes.

II) Interpretaciones sobre el término violencia en la tipificación del delito de usurpación

La redacción actual del artículo 181 da lugar a controversias que pueden desembocar en una interpretación injusta y en una consiguiente penalización errónea. Sumando a esto el mayor trabajo y proceso burocrático judicial que implican las apelaciones causadas por estas discrepancias. Al respecto hay dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales diferentes: Una minoritaria que puja por la interpretación restringida, circunscribiendo la palabra “violencia” a aquella empleada sobre o contra las personas; y otra mayoritaria que aboga por incluir también dentro de su alcance a la fuerza sobre las cosas. A continuación exponemos los distintos puntos de vista:

La mayoría de la doctrina considera que por violencia debe entenderse aquella ejercida de manera indistinta tanto sobre las cosas como sobre las personas. Por lo general, aduce que “*La ley no distingue forma alguna de violencia, de manera que está comprendida la que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas (...)*”³

Así lo sostiene el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en el fallo “Rojas, Lorena y otros s/ infr. art. 181, CP (J.B. Alberdi 2776) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” agregando que gran parte de la doctrina considera que “la violencia es tanto la vis física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación, como la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p.ej., cambiar las cerraduras o colocar una cadena con candado en la puerta de ingreso). Se ha ampliado el concepto hasta definir que `hay violencia (...) cuando la oposición asuma entidad como para representar, aun

³ Soler, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1978, p. 454

de manera tácita pero seria, un anunciado despliegue de energía, humana o de otra índole, que signifique su real amenaza, o haga presumirla con visos de verosimilitud.⁴

El caso paradigmático sería el de la persona que ingresa en un inmueble quebrando la resistencia puesta sobre la cosa por el sujeto pasivo, como puede ser una cerradura o un candado. Algunos autores han ido incluso más allá, y han encuadrado dentro de este presupuesto el caso de la persona que, una vez dentro del inmueble, coloca un candado o cambia la cerradura para evitar los actos de represalia del despojado, a modo de *oposición de fuerza*.⁵

Marín sostiene que por “violencia” el legislador se ha referido a la “vis física”, la cual debe ser entendida como “el despliegue de una energía física, humana o de otra índole”⁶, la que emergerá del sujeto activo y podrá tener como destino a la persona que ostente el rol de sujeto pasivo –es decir, quien se encuentre gozando de la posesión o tenencia-, o a las defensas materiales colocadas por quien se halle comprendido en el ámbito de protección de la norma con motivo de resguardar el inmueble en cuestión; ello resulta de esa manera, ya que la redacción dada al precepto de marras no diferencia hacia quién tiene que estar dirigida la violencia, por lo cual bien puede tener como destinatario, tanto a las personas como a las cosas⁷.

De esta manera, estaremos ante el primer supuesto en aquellos casos donde, por ejemplo, se golpee a un individuo en su vivienda con la finalidad de despojarlo de ella, ya que de esta forma aquel verá anulada o disminuida su capacidad de autodeterminación, la cual se encontraba expresada en la normal disposición del inmueble; mientras que se entenderá que la violencia se ejerce contra las defensas materiales cuando sea desplegada hacia las cerraduras, ventanas, etc. a los efectos de introducirse a la propiedad con la referida finalidad.

⁴ D’Alessio, Andrés José- Director- Divito Mauro A.- Coordinador, “Código Penal de la Nación- Comentado y anotado”, Tomo II, La Ley, 2ª edición, 2009, pág. 825.

⁵ Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre también se han manifestado a favor de entender a la oposición de fuerza como la violencia requerida por el tipo penal, afirmando en ese sentido que la violencia prevista en la norma resulta comprensiva de aquella que “el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación que aquel procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p. ej., cambiar las cerraduras).

⁶ Marín, Derecho Penal, 532.-

⁷ En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos “P. s/ Usurpación”, causa nro. 8946, del 20/11/02 hubo de sostener que “La violencia a que alude el art. 181 inc. 1º del Código Penal, debe ser interpretada en un sentido amplio ya que el tipo enmarcado por dicho artículo, no tiene ningún agregado que limite su sentido”.

Su empleo tiene que estar dirigido a llevar adelante la acción típica, es decir, privar al sujeto pasivo de la posesión o tenencia que venía ejerciendo sobre un inmueble, lo cual se ve traducido en “un ataque contra la libertad de decisión de la víctima mediante la cual se obliga a ésta a hacer, omitir o tolerar algo que de otra manera no hubiera hecho, omitido o tolerado”⁸

Asimismo, es importante destacar que la violencia puede estar presente en cualquiera de las modalidades previstas para la consumación de la conducta típica, esto es, cuando se invade el inmueble, o estando dentro, se la utiliza para mantenerse en él, como así también si se la emplea para expulsar a sus ocupantes. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre en el delito de robo (rt. 164 del Código Penal) donde la violencia “puede ser verificable tanto en las etapas iniciales del delito, como en el curso del *iter criminis* y sus etapas finales, a efectos de procurar la impunidad”⁹, en el caso de la usurpación “no es posible perfeccionar esta conducta típica incorporando recién después de su consumación la modalidad comisiva que para el despojo prevé la ley”¹⁰

Según Creus, violencia es la vis física que el agente despliega sobre las cosas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que puedan oponer a la ocupación que aquél procura, y también la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva, dando como ejemplo el cambio de cerradura.¹¹

Carlos J. Rubianes y Héctor F. Rojas Pellerano consideraban como el despliegue de violencia a “aquellos casos en que el autor transforma lo puesto por el propietario, no solamente para defensa y seguridad del inmueble, sino para reservarse su uso exclusivo. La cerradura, de la que guarda la llave o la da a quien quiere, constituye una manifestación material de que la cosa se encuentra bajo su esfera de custodia, y se ataca esta, cuando se lo tiende a privar de su utilización, lo que ocurre si se cambia una cosa por otra, o se transforma la combinación de la colocada en la puerta del inmueble. “Sostenemos que es violencia física sobre una cosa (cerradura por ejemplo) que se ha transformado para impedir el uso de la llave a su titular, pues si bien no se la destruye

⁸ Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Penal, en el marco de los autos “P. s/ Usurpación”, causa nro. 8946, del 20/11/02.

⁹ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, en el marco de la causa nro. 26.890, del 26/03/09.-

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa nro. P41.486, del 11/07/91.-

¹¹ Creus, Carlos, “Derecho Penal, parte especial”, tomo I, Ed. Astrea, 1983, pág. 571

existe una modificación de las condiciones en que el referido la ha puesto, como manifestación de su señorío sobre el inmueble. Se presenta pues, una situación semejante a la de quien rompe una puerta o una ventana”¹²

La jurisprudencia ha sabido recoger lo expuesto por dichos autores, lo cual puede apreciarse en el pronunciamiento dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el marco de los autos “Álvarez, Abelardo”, del 03/07/64100.

Además, posturas similares han sido receptadas en fallos de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, tales como “Caballero, Lorenza s/ inf. art. 181 inc. 1º CP”, del 23/5/2011; “Martiarena, Mabel y otros s/ infracción art. 181 inc. 1º del CP”, del 14/01/2010; “Ovejero, Gabriela Elizabeth s/art. 181 inc. 1 CP”, rta. el 13/12/2012; “Churripit, Gabriela Marcela s/infr. art. 181 inc. 1 CP”, rta. el 14/2/2011; “Incidente de restitución en autos empleados de la firma Lanci, Impresores SRL s/infr. art. 181 inc. 1 Usurpación CP”

En la vereda de enfrente, encontramos la postura de autores como Ferrajoli¹³, que sostiene que “...el principio de estricta legalidad, que opera con arreglo a la fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, etc., como norma de reconocimiento de todas las leyes penales formuladas válidamente y sólo de ellas, tiene para el jurista el valor de una regla metacientífica a la que podríamos llamar segundo postulado del positivismo jurídico: más exactamente, en la medida en que condiciona la validez de las normas penales a la denotación taxativa de las figuras de delito que ellas definen, equivale a una regla semántica acerca de las condiciones de uso de la palabra «verdadero» no sólo en la práctica penal sino también en la ciencia jurídica. También en el plano científico son, en efecto, posibles definiciones asertivas y jurídicamente verificables de lo que es delito sólo si las correspondientes definiciones legislativas satisfacen el principio de estricta legalidad, es decir, están dotadas de una extensión tan determinada como sea posible. A la inversa, sólo el análisis y la redefinición teórica rigurosa de los elementos constitutivos del delito y sus modos de comprobación están en condiciones de ofrecer al legislador una técnica de formulación de las leyes penales que se atenga lo más posible al principio de estricta legalidad, es decir, a las

¹² ¹² Rubianes y Rojas Pellerano, 78.- 100Cfr. La Ley, 116-703.

¹³ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razon. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Ed Trotta, Madrid, 2004.

condiciones semánticas establecidas por éste para el uso de la palabra «verdadero» en el lenguaje penal.”

El propio Código Penal se encarga de enumerar las modalidades comisivas de la usurpación, las cuales pueden consistir en la utilización de violencia, amenazas, engaños, abuso de confianza o clandestinidad. Es importante recalcar que se trata de un *numerus clausus*, por lo que el resultado que no sea materializado en alguna de las modalidades mencionadas será atípico por ausencia de tipicidad objetiva. La única condición es que cualquiera de los medios elegidos se dirija a producir el resultado lesivo, materializado en el despojo propiamente dicho. Debe existir entre la acción, la elección del medio y el resultado lesivo, una estrecha relación que se verá materializada a través de la imputación objetiva entre acción y resultado, además del elemento subjetivo.

Para cualquiera de los dos casos, en una interpretación acorde con el principio de estricta legalidad y última ratio, se considerarían ambas conductas atípicas, por no encuadrar dentro de los medios comisivos requeridos por la figura.

Los fundamentos de esta corriente se anclan también en el análisis sistémico del articulado del Código Penal. Así, si uno examina dicho cuerpo normativo, hallará que la palabra violencia figura en él 27 veces, a lo largo de los artículos 41 bis, 78, 80 inc. 11° y 12°, 87, 95, 119, 125, 126 inc. 1°, 127, 142 inc 1°, 145 inc. 1°, 158, 164, 166, 168, 181, 198 incs. 1°, 2°, 3° y 5°, 199, 212, 253 bis y 280.

De estos, once tienen como bien jurídico protegido la integridad física de la persona, su libertad individual y de trabajo. Dos, la propiedad (tres si contamos el artículo 181, pero este hace mención a los dos casos en discusión). El resto puede dar lugar a interpretarse que se aplican tanto a las personas como a las cosas.

Al respecto hay que considerar especialmente los artículos 78, 164 y 280. Del artículo 78, sostienen que resalta la aplicación acotada del término “violencia” a la utilizada sólo sobre o contra las personas, porque aclara que se encuentran incluidos dentro de su concepto, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

A nuestro entender, esta interpretación es errónea, ya que su objetivo es aclarar que, en aquellos casos en que se utilizan dichos medios sobre una persona, deben considerarse también como una violencia física, más allá de que no son la forma clásica de agresión contra la integridad

corporal. Esto no implica delimitar el término únicamente a la violencia contra las personas, excluyendo a la fuerza en las cosas. Al contrario, expande el alcance del significado, sin tachar nada.

En cuanto a los artículos 164 y 280, llama la atención la forma en la que están redactados. El primero define al delito del robo, estableciendo que “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”

El artículo 280 dispone que “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.”

Si el concepto de violencia englobara los dos supuestos en discusión, la redacción de ambos artículos parecería sobreabundante. No se comprende por qué se realiza esta diferenciación, sin escribir a secas “el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia”.

Finalmente, la postura minoritaria ha hallado su nicho en fallos como “Rojas, Lorena y otros s/ infr. art. 181, CP (J.B. Alberdi 2776) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, donde la Sala III de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires revocó la decisión de grado que había rechazado el planteo de excepción formulado por la defensa oficial y, en consecuencia, declaró la atipicidad de la conducta imputada y sobreseyó a una mujer en orden al delito de usurpación. En el caso, los camaristas consideraron que “la violencia contemplada en dicha figura penal no incluiría, como medio comisivo del despojo, la fuerza en las cosas”. De acuerdo al relato del Tribunal, la imputada “habría ingresado al mediante un despliegue de fuerza (...) sobre una de las aberturas que se encontraba asegurada con cadena y candado”.

En principio, y en relación a la violencia física como medio comisivo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 181 CP, el impugnante señala que no ha existido en la presente, pues según refiere ella se emplea únicamente contra las personas de acuerdo a lo que surge de una interpretación en conjunto de lo establecido en los arts. 78, 164 y 181 CP. Asimismo, refiere que la omisión del legislador al sancionar la Ley N° 24.454 (que introdujo la clandestinidad pero no la

fuerza en las cosas) no puede perjudicar al imputado, pues el incluir a través de una interpretación analógica la fuerza en las cosas implicaría una violación al principio de legalidad.

Por otra parte, señala que tampoco cabe considerar que en el caso se ha utilizado fuerza en las cosas, pues éste debe ser específicamente el medio utilizado por el autor para concretar el despojo, de modo que no basta que la fuerza haya acompañado la ejecución del delito o que haya sido desplegada con posterioridad, tal como ha sucedido en el caso pues se trata de espacios completamente abiertos ocupados sin ningún tipo de violencia.

No obstante dichos argumentos, la sentencia fue revocada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya que entendió que “no hay razón alguna para considerar típica a la violencia que se ejerce sobre las personas y atípica cuando se la ejerce sobre las cosas pues el texto normativo no efectúa esa diferenciación”.

“Sostener que porque en el tipo penal que reprime el robo se alude como dos conceptos diferenciados a la fuerza en las cosas y a la violencia física en las personas en el supuesto de la usurpación también debe regir esa diferenciación significa no tener en cuenta los demás medios comisivos de la usurpación, en especial la clandestinidad, porque resultaría ilógico suponer que la ley penal sanciona el mero ingreso a un inmueble por el solo hecho de que se lo hace en ausencia de los que tienen derecho a oponerse y no cuando ese ingreso se efectúa mediante violencia sobre las cosas, es decir, en forma más invasiva”.

Para los magistrados, “no existe ninguna razón, ni semántica ni jurídica, para sostener semejante punto de vista”

Otros fallos en los que la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Sala III sostuvo su misma tesis fueron "SANCHEZ, VICTOR ALEJANDRO y otros s/ infr. art(s). 181 inc. 1, Usurpación (Despojo) - CP (p/L 2303)"; "UCHUPOMO Palomino, Marcos Antonio y otros s/infr. art. 181 inc. 1, Usurpación – CP (p/ L 2303)"; "VALENZUELA, Javier Alejandro y Otros s/ infr. art. 181 inc. 1, Usurpación (Despojo) - CP (p/L 2303).

En ellos, se expiden citando a distintos autores, tales como Donna, Fontán Balestra y Núñez. Para el caso sostienen:

“El Dr. Donna, cuando afirma que la violencia es física, esto es, contra la persona, de manera que, a semejanza con el robo, la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como

medio para ocupar el inmueble, y no, como es la fundamentación, la violencia que el sujeto pasivo debe emplear para vencer los obstáculos que, sin violencia, ha puesto para su entrada en el inmueble el autor”¹⁴

“En relación a la violencia sobre las cosas, Fontán Balestra señala que: "Si se piensa que los actos mencionados, tales como poner candado o cambiar la cerradura, configuraban por sí mismos el despojo, puesto que con ellos se ponen obstáculos físicos que el anterior ocupante deberá vencer para poder volver a su anterior situación, resulta que la fuerza debe ejercerla el despojado y es posterior a la consumación, circunstancias ambas que la hacen atípica”¹⁵

“Núñez señala que "la violencia que este tipo exige es la que usa el autor como medio para ocupar el inmueble, y no la violencia que el sujeto pasivo del despojo debe emplear para vencer los obstáculos que, sin violencia, ha puesto para su entrada en el inmueble el autor. Una extensión semejante del concepto legal de la violencia no se justifica ni siquiera el principio de la analogía de los hechos, pues, mirados como condichas del autor, no existe semejanza entre el ejercicio de una violencia verdadera y la colocación de un cierre en el inmueble o su modificación.”¹⁶

Concluye que “resulta claro que la usurpación se consuma por acciones diferentes a las del hurto simple o el robo. Y que la enunciación de medios efectuada en el art 181 del CP es de carácter taxativo, en consecuencia, el resultado que no se materializara a través de alguna de las modalidades previstas por la norma deviene atípico por ausencia de tipicidad objetiva. Esta interpretación sobre la “violencia”, que es la que postula este tribunal, resulta la que mejor contempla los principios de estricta legalidad y ultima ratio.”

Por todo lo mencionado, proponemos especificar la extensión del término "violencia" en el articulado y eventualmente pecar de sobreabundantes, a seguir dando lugar a ilaciones erróneas y, en oportunidades, falaces que pueden desembocar en sentencias injustas.

¹⁴ Citado por Baigún y Zaffaroni en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial; T. VII, págs. 747/748; Ed. Hammurabi S.R.L.; Bs. As.; 2009.

¹⁵ Baigún y Zaffaroni; op. cit.; págs. 748/749.

¹⁶ Baigún y Zaffaroni; op. cit.; pág. 749.

III) Texto normativo propuesto

Artículo 1º: Modifíquese el artículo 181 del Código Penal de la Nación, que quedará redactado de la siguiente manera:

“ARTICULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia física en las personas, fuerza en las cosas, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencia física en las personas, fuerza en las cosas o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble

Artículo 2º: Comuníquese, etc.