

Universidad Católica de Temuco
Escuela de Derecho



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE TEMUCO

Alcances jurídicos de la toma de terrenos

Autor: Carlos Paredes Lillo

Profesor guía: Rodrigo Coloma Correa

Noviembre 2004

Índice

Introducción	3
Capítulo I.- Derecho de propiedad en la legislación chilena	6
1) Protección civil	6
2) Protección constitucional	7
3) Protección penal	9
Capítulo II.- Tensión entre la protección del dominio y la Moral	12
Capítulo III.-Estado de necesidad	19
Capítulo IV.- Consideraciones sobre la responsabilidad indirecta	26
Conclusiones	34
Bibliografía	39

Introducción

Tomando como punto de partida un caso hipotético basado en otros que efectivamente se han producido en la realidad, podemos adentrarnos en un tema que tiene implicancias morales, éticas, penales, civiles, constitucionales, de DDHH, y muy especialmente de responsabilidad estatal. Este tema es la Toma de terrenos y sus alcances jurídicos.

El caso es el siguiente:

Un grupo de 50 familias indigentes, después de seguir el conducto regular durante dos años vía SERVIU y Municipalidad, sin obtener resultados positivos, decide adoptar la drástica medida de tomarse un terreno baldío en el cual construyen viviendas, trazan calles y tendido eléctrico. Tiempo después aparece el dueño del inmueble ejerciendo acciones judiciales.

La situación es compleja porque la propiedad inmueble constituye, producto de la realidad social, la principal fuente de riqueza. Por otra parte, existe una abultada regulación del derecho de dominio y su protección es constitucional civil y penal. Y la propiedad inmueble está particularmente regulada.

Además, el dominio es el derecho más absoluto que una persona puede tener sobre una cosa. De manera que tenemos un derecho entendido como absoluto sobre un bien de vital importancia económica y debidamente resguardado por normas de distinta naturaleza.

Comenzaremos señalando que los inmuebles —como ya lo anticipaba nuestro legislador en el Mensaje del Código Civil con un detallado tratamiento introductorio— constituyen los bienes apropiables de mayor valor e importancia. Todo esto, sin perjuicio de que con el advenimiento del desarrollo industrial aparecieron bienes muebles que podían alcanzar un mayor valor económico que los terrenos.¹ No obstante ello, para la gran mayoría de las personas los inmuebles continúan siendo el principal objeto de propiedad y riqueza, manteniéndose, producto de la realidad social, aquella antigua concepción de que el suelo constituye la principal fuente de riqueza.

El derecho de dominio constituye el derecho más pleno que un sujeto puede tener sobre una cosa: de hecho, es así que parte de la doctrina lo califica de “derecho absoluto” o “derecho general” por las amplias facultades que la ley otorga al titular de dicho derecho. Para su debido resguardo, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de mecanismos a los cuales el propietario puede acudir en caso de verse privado de ejercer sus facultades de uso, goce y disposición. Estas protecciones jurídicas son amplias, ya que están establecidas en cuerpos legales de distinta naturaleza. De esta forma, tenemos una protección penal, una protección civil (vía acciones reales) y una protección constitucional.

Así las cosas, con un derecho entendido como absoluto sobre un bien de vital importancia económica y debidamente resguardado civilmente a través de un

¹ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 29.

sistema de registro de propiedad —y de reglas claras que impiden su adquisición mediante prescripciones irregulares, clandestinas e incluso con el solo mérito de la inscripción de dominio a nombre de otra persona²— nos encontramos ante una de las situaciones jurídicas más protegidas del sistema.

Con estas premisas se configura un breve adelanto del panorama jurídico frente al cual debemos ubicar al hecho consistente en la toma de terrenos. Sin embargo, tal vez exista la posibilidad de descubrir en nuestro ordenamiento jurídico alguna norma o conjunto de ellas que nos permita contrarrestar la situación de derecho que nace de la lectura jurídica inicial del problema. Y más probable aún, es la posibilidad de sostener una defensa de los pobladores invocando principios jurídicos tan arraigados en nuestra estructura jurídica como el mismísimo derecho de propiedad y la trascendencia de la propiedad inmueble. Así, tomando en cuenta las características particulares del caso; principios como el estado de necesidad, la equidad natural, normas de Derechos Humanos y la responsabilidad estatal, pueden arrojar luz y soluciones sobre el problema jurídico y social que presenta la toma de terrenos.

²RODRÍGUEZ G., Pablo, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo, 1995, p. 33.

Capítulo I

Derecho de Propiedad en la Legislación Chilena

Nuestro ordenamiento jurídico conceptualiza el dominio como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.³ Sobre el fondo del concepto la doctrina civilista no ha variado mucho y sólo se ha ampliado la naturaleza de los bienes que pueden ser objeto de propiedad.

1) Protección civil a la propiedad inmueble

No existen en Chile terrenos sin dueño, ya que a falta de propietario particular es el Estado el titular del dominio.⁴ Todo inmueble está inscrito en los Registros Conservadores, y por lo mismo, y en general, la pérdida de la tenencia material no los afecta porque dicha inscripción constituye la mejor garantía del dominio de un bien raíz.

La protección de mayor relevancia en el resguardo del dominio de los inmuebles⁵, es la existencia del mencionado régimen registral, como también, las

³ Art. 582 inciso 1° del Código Civil.

⁴ Art. 590 del Código Civil.

⁵ Para la protección del dominio, existen en materia civil medios directos, como la acción reivindicatoria, interdictos de obra nueva y de obra ruinosas, la acción de demarcación y cerramiento, la tercería de dominio en juicio ejecutivo; y medios indirectos como las acciones posesorias, tercerías de posesión y la acción publiciana, cuyo titular es el poseedor regular en vías de adquirir el dominio por prescripción. (Art. 894 del Código Civil)

características que debe tener la prescripción útil para adquirir el dominio, y la acción reivindicatoria.⁶

2) Protección constitucional

La Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

La Carta Fundamental consagra que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Respecto a la **función social de la propiedad**, la Constitución se limita a señalar en la parte final del inciso 2º del N° 24 d el artículo 19, que la función social *comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.* En concordancia con esto, cabe citar el inciso 2º del N° 8 del mismo artículo 19, el que señala que *La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.*

⁶ Esta acción tiene carácter real y por lo tanto puede ejercerse en contra de cualquier persona que prive del objeto de propiedad a su titular y se puede definir como la acción real que tiene el dueño no poseedor de una cosa en contra del poseedor o mero tenedor no propietario de la misma, para obtener su restitución. Y se puede ejercer siempre, mientras un tercero no adquiera el dominio mediante prescripción adquisitiva. Es necesario destacar que la posesión, un hecho no un derecho, es protegido ampliamente por el derecho civil y constitucional. Y destacamos esta circunstancia por la trascendencia que tiene la posesión para adquirir el dominio. MEZA

Con estos preceptos se pone en evidencia la imperiosa necesidad de sacrificar bienes particulares para salvaguardar bienes sociales. Sin embargo, *nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.*⁷ Por lo tanto, si el Estado estima que concurre un motivo de utilidad pública, verificada la situación de hecho, debe expropiar al dueño del terreno indemnizándolo.⁸ Dicha indemnización, a falta de acuerdo, debe ser pagada en dinero efectivo al contado, pago que debe efectuarse en su totalidad antes de tomar posesión material del terreno.⁹

Aplicando esta institución constitucional al caso concreto de la toma, la doctrina constitucionalista nos ilustra sobre este punto y señala que “Ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la propiedad privada faculta al titular para demandar una indemnización, salvo que con ellas se afecte la esencia del derecho”¹⁰ Y en el caso de la toma se está afectando la propiedad en su esencia.

BARROS Ramón, *Manual de derecho civil, de las Obligaciones*, 9ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 425.

⁷ Artículo 19 N°24 inciso 3° primera parte, Constitución Política de la República de Chile.

⁸ Siguiendo el procedimiento descrito y regulado por el Decreto Ley N° 2.186 (Ley orgánica de Procedimiento de Expropiaciones) de 1978.

⁹ RIOSECO ENRIQUEZ Emilio, *El derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 101 y 102. Además, el artículo 20 consagra el **recurso de protección**, cuya finalidad es reparar de inmediato la juridicidad quebrantada, pero no se trata de que el derecho patrimonial protegido sea de carácter indiscutible, como tampoco de que el fallo que acoja el recurso decida quién es el legítimo titular del derecho, pues para eso están las acciones judiciales pertinentes que deben ejercerse en juicio de lato conocimiento. No se controvierte en el recurso la legitimidad del derecho protegido en su aspecto sustancial, y la sentencia produce sólo cosa juzgada formal en el ámbito de la protección constitucional. El tribunal, por la vía del recurso de protección, no puede resolver una cuestión propia de otras acciones de lato conocimiento. Esto, porque el recurso tiene por objeto reparar una situación de hecho que altera el imperio de la ley, adoptando medidas de protección a favor del afectado. Es imperioso que la alteración signifique, a causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales del recurrido, una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de alguno de los derechos amparados en el artículo 20. Y uno de esos derechos es el de propiedad.

Por esto si se recurre a la función social de la propiedad como alternativa para hacer desaparecer cualquier intento del dueño del terreno por obtener algún tipo de compensación, solamente se estará “canjeando” una indemnización de perjuicios por una expropiación. Es decir, el Estado cumple un rol fundamental, y no puede amparar la comisión de ilícitos dejando abierta una puerta demasiado ancha que podría permitir que el Estado de Derecho se vea mermado. Pero la situación es más compleja cuando se presenta un conflicto de connotación social que puede determinar que sean aplicables al caso principios como el estado de necesidad.

3) Protección penal

Los alcances penales del caso están determinados por la comisión del delito de usurpación, y el bien jurídico protegido por este delito no es el derecho de propiedad en sí mismo, sino que el ejercicio de las facultades que del dominio se derivan. Por tanto, nos limitaremos a señalar que a diferencia de lo que pasa en otros delitos contra la propiedad, la reacción penal es menos violenta en el caso de la usurpación porque la lesión que experimenta la propiedad del sujeto pasivo es fácilmente reparable por vía civil para obtener la restitución del bien ilegítimamente ocupado.

¹⁰ EVANS DE LA CUADRA Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 368.

Las personas que toman el terreno baldío incurren, por una parte, en la ocupación de un inmueble privado, y por otra, en la usurpación de los derechos y facultades que el propietario del terreno tiene legítimamente sobre su bien raíz. Los terrenos se ocupan y los derechos se usurpan¹¹, y en este caso se dan ambas cosas. Aquella ocupación se debe llevar a efecto contra o sin la voluntad del dueño del terreno,¹² y la doctrina entiende por ocupación la invasión de un inmueble, es decir, apoderarse del bien raíz, ejerciendo de facto los derechos de dueño a su respecto, esto es, asumir su goce y disposición.¹³

El Código Penal, en los artículos 457 y 458, tipifica el delito de usurpación de inmuebles, describiendo que el delito puede configurarse tanto ocupando y usurpando mientras se encuentre presente en el terreno aquel que lo poseía o detentaba legítimamente, como así también usurpando en ausencia de quien poseía

¹¹ La diferencia existente entre ocupar y usurpar, consiste en que se ocupan los terrenos y se usurpan los derechos, así tenemos que para el derecho se ocupa un inmueble cuando se invade para hacerse cargo de él materialmente, asumiendo de hecho su goce y disposición. Y se usurpa un derecho en los casos que se sustituye al titular del mismo por un tercero que pasa a ejercerlo.

¹² Además, en el caso analizado, pareciera existir cierta tolerancia por parte del propietario, ya que la toma era un hecho de público conocimiento, y al existir dilatada tolerancia la ocupación no es sin o contra la voluntad del propietario. Faltaría así un requisito esencial para configurar el delito de usurpación.

Con relación al delito de usurpación, en sentencia pronunciada con fecha 17 de enero de 1980 sobre recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema resolvió que si son hechos de la causa que existió dilatada tolerancia de los propietarios para la permanencia en el fundo de los encausados, quienes permanecieron en esas tierras después del abandono que los primeros hicieron del inmueble; y que cuando uno de los propietarios retornó al fundo, no fue repelido por los reos, no han podido los sentenciadores declarar configurado el delito de usurpación; y al no hacerlo, no han violado los artículos 457 y 458 del Código Penal. www.microjuris.cl (consulta realizada el 13 de mayo de 2004)

¹³ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 272.

o detentaba el inmueble para repelerlo posteriormente.¹⁴ Esta última es la alternativa que se presenta en el caso en estudio.¹⁵

Consecuencialmente, debemos concluir que la acción de los pobladores, en principio, estaría tipificada, y una consecuencia de la existencia de usurpación es la orden judicial de desalojo. Sin embargo, el panorama no es tan claro cuando analizamos el derecho internacional vinculante para el Estado chileno, en que junto con consagrar el derecho humano a la vivienda adecuada prohíbe los desalojos forzados.

¹⁴ Cabe destacar que no es estrictamente necesario que aquel que tenía materialmente el inmueble salga o esté ausente de este, ya que en ciertos casos aún permaneciendo físicamente en el terreno, el ejercicio de las facultades que tenía sobre el bien raíz pasan a ser ejercidas por el ocupante usurpador.

¹⁵ El requisito de que la ocupación debe evidenciarse a través de actos materiales que demuestren permanencia física en el inmueble ajeno, queda de manifiesto con la edificación de viviendas, confección de calles y elaboración de un sistema de alumbrado público, previa distribución de los terrenos. Esto constituye la demostración de que existió no sólo la entrada de los pobladores al inmueble, sino que también la marginación del propietario del terreno. Y es precisamente este último punto el que determina que estemos frente a una usurpación de inmueble y no sólo ante una ocupación, ya que dicha marginación implica la privación del ejercicio de las facultades que tenía el dueño.

Capítulo II

Tensión entre la protección del dominio y la Moral

La propiedad es un derecho que otorga las más amplias facultades que una persona puede tener sobre una cosa y, consecuentemente, se le atribuye una gran importancia jurídica y económica. Por estas razones, quien atente contra la propiedad ajena debiera, responder ante el propietario. Pero es preciso señalar que en ningún caso esa relación entre propietario y las demás personas con relación al objeto de dominio, es tan fundamental para el desarrollo y dignidad de las personas como podría ser el derecho a la vida o a la salud, o a la integridad física, etc.

Decimos esto, para graficar de algún modo que la protección y la importancia desmedida que se otorga a la propiedad, más que responder a una necesidad lógica o jurídica, obedece a patrones meramente económicos.

¿Qué es la propiedad? La definición jurídica ya fue expuesta anteriormente. Ahora vamos al trasfondo del concepto.¹⁶ Pero tal vez, sea imposible ir al trasfondo del concepto porque simplemente aquel escapa de lo ordinario.

Así, los filósofos escandinavos Alf Ross¹⁷ y Karl Olivecrona elaboran una interesante teoría. Propiedad no significa ni denota nada, solamente se trata de una palabra “hueca” que sólo sirve como término técnico. La función técnica de

¹⁶ A modo de simple reflexión, señalamos que es inaceptable que se siga abusando del término “propiedad”, el cual es utilizado en leyes en que por su especial objeto o particulares destinatarios, dicho concepto no significa nada, ni siquiera el concepto civilista logra ilustrar algo con sentido. Hablamos de la ley indígena N° 19.253, de 1993.

¹⁷ ROSS Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª edición, editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 164- 169.

“propiedad” consistiría básicamente en la economía de palabras, ya que con su uso se ahorra la mención de una serie disyuntiva de condiciones que determinan que un sujeto se transforme en propietario, y por otra parte ahorra el uso de una serie conjuntiva de consecuencias que se producen al ser propietario.¹⁸

Con esto no queremos decir que ser propietario no implique nada, ni insinuar que el derecho de propiedad, en su concepción netamente jurídica, sea indigno de regulación y protección jurídica.

El dominio se erige como una suerte de base esencial del proceder social y respecto del cual existe una sobre reacción del sistema, tanto sustantivo como procesal, que no guarda relación con el menor resguardo que tienen otros bienes jurídicos mucho más básicos.

Dicha sobre reacción, viola derechos positivos internacionales que han pasado a tener la calidad de derechos fundamentales, como el derecho a no ser desalojado forzosamente. Entendiendo que tales cuestiones cobran especial importancia cuando se pretende desalojar a un grupo de indigentes, lo que significaría sumergir a esas personas en una indefensión y un desposeimiento aún más extremos, otorgando al caso una connotación social ineludible para el Estado.

Esto debiera hacer reflexionar a los órganos encargados de impulsar las políticas legislativas y concepciones económicas en nuestro país, cuidando que aquellas no trastoquen escalas de valores sociales. Cabe preguntarse, entonces, hasta qué punto la ley es obligatoria para los indigentes.¹⁹ ¿Se le puede exigir igual

¹⁸ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 210-215.

¹⁹ ROSENKRANTZ, Carlos, *La pobreza, la ley y la constitución*, artículo publicado en internet, p. 11.

cumplimiento legal al que lo tiene todo y a aquel que no tiene nada? Las respuestas rígidas que podría darnos una interpretación formalista y restringida del Derecho deben ser desestimadas, no por una cuestión de justicia social y toda la inseguridad jurídica que ella eventualmente puede significar, sino porque el argumento definitivo es que existen garantías que implementan derechos humanos, y éstos son límites a la soberanía estatal. Aquí no se está argumentando que el indigente no debe cumplir con prohibiciones básicas como abstenerse de lesionar o matar a otro, sino que se está abogando por la abstención de cumplir algunas prohibiciones en atención a que ello le puede significar satisfacer una necesidad básica y las condiciones sociales en que se encuentran las personas que se toman el terreno se hacen insostenibles para quienes las sufren, y la circunstancia de necesitar algo, no es intencional, por lo tanto no depende del estado mental del agente, sino de la realidad²⁰, y el Estado debe concretar los derechos humanos en la realidad y no en el sólo aspecto formal y abstracto. La no exigibilidad de otra conducta aparece como una institución ineludible frente a esta situación.

Si bien los principios morales carecen de un carácter objetivo que permitan una sistematización descriptiva como la que se puede hacer de las normas jurídicas, es innegable que entre el Derecho y la moral existe una vinculación real, incluso positiva²¹ en el Art. 24 del Código Civil que contempla a la equidad natural como

²⁰ NINO, Carlos Santiago, "Autonomía y Necesidades Básicas", *Doxa* N°7, 1990, p. 27.

²¹ Si definimos la ley como una manifestación de la voluntad soberana, estamos indudablemente dentro de un marco democrático y por lo mismo, al menos teóricamente, todos hemos participado en la aprobación de las leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico. Esto viene a poner las cosas en una perspectiva menos científicista y más subjetiva, pero no por ello menos concreta. Un análisis meramente "matemático" de las normas jurídicas es inútil, más aún dentro de un sistema democrático en el cual, por definición, hay más lugar a que las

elemento de interpretación normativa. Dicho elemento puede ser definido como un sentido intuitivo de la justicia aplicada a un caso o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo. Y es importante remarcar que se trata de un sentido y no de un sentimiento, porque obedece aun entendimiento o razón particular de entender un caso o el juicio que de él se hace.²² La doctrina se ha encargado de precisar que la equidad natural no es un elemento supletorio de interpretación ya que no puede estar ausente de ningún criterio de interpretación. El fin último de la ley es impartir justicia y la equidad natural es la justicia aplicada al caso concreto. Y ésta, en cuanto principio de Derecho, ingresa en la deliberación que conduce a una decisión prudente.²³ Por tanto, todos los fallos judiciales y las interpretaciones legales en que se fundamentan deben ser justos y equitativos,²⁴ y hablar de equidad natural y justicia²⁵, es hablar de una u otra forma de moral.

El Estado chileno tiene la obligación ineludible de implementar cada uno de los derechos consagrados constitucionalmente, entre ellos los contemplados en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales tienen rango constitucional de acuerdo al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución.²⁶ Uno de esos derechos es el de la vivienda adecuada consagrado en el artículo 11° N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

leyes estén fuertemente influenciadas por cuestiones morales. Por lo general, las presiones sociales que se ejercen sobre los parlamentarios están fuertemente influenciadas por principios morales.

²² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 86.

²³ QUINTANA BRAVO, Fernando, *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 229.

²⁴ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil parte general*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 80.

²⁵ Conceptos cuya precisión escapa al objeto de esta tesis.

²⁶ Al menos esa es la interpretación que hace la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, al no existir una política pública orientada de lleno a cumplir con aquella obligación, sobre todo con las excesivas privatizaciones de servicios básicos, las personas se ven forzadas a incurrir en ilegalidades para satisfacer necesidades básicas. Se podría sostener en contra de esto que nadie puede alegar ignorancia de la ley vigente y que ésta obliga a todos los habitantes de la República²⁷, incluidas aquellas normas reguladoras de la protección del dominio y las que consagran la igualdad ante la ley y ante las cargas que ésta impone. Consecuencialmente, el no cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado, no legitima para incurrir en irregularidades que pongan en peligro el Estado de Derecho. Además, la Constitución garantiza a todas las personas el libre acceso a la propiedad, pero a través de medios lícitos. Por tanto, la licitud del proceder es un requisito esencial para enmarcarse dentro de la garantía.

Pero, los mismos argumentos nos sirven para legitimar el proceder de las personas que se toman el terreno. Esto porque precisamente por no ignorar la ley vigente y por saber que ésta es obligatoria para todos, ellos están conscientes que el Estado tiene la obligación de garantizar una vivienda adecuada a las personas sometidas a su jurisdicción, y frente a la no concreción de dicha garantía optan por presionar al Estado a través de la toma de un inmueble particular. Y bajo este contexto de derechos humanos debe proceder el estado de necesidad²⁸ como causal de justificación penal con un fondo y alcance mucho más amplios que el

²⁷ Artículos 8 y 14 del Código Civil.

²⁸ Ver capítulo siguiente.

otorgado por la doctrina y la jurisprudencia nacional, las que limitan su aplicación a situaciones demasiado extremas.

Lo que tampoco puede ser legitimado es que un sujeto particular sacrifique su propiedad para ayudar a los que tienen menos, porque esa carga no le corresponde a él exclusivamente. Tal vez, si existiera un espíritu de solidaridad generalizado en nuestra sociedad podríamos aceptar que sacrificar el dominio del inmueble usurpado es su aporte a esa solidaridad, pero la realidad nos indica que ese espíritu colectivo no existe, y que además, en este caso concreto, se trata de una obligación del Estado y no de un ciudadano particular. Por tanto, frente a la toma de terrenos el Estado tiene una doble obligación, una con el propietario particular y otra, aún más esencial y de carácter universal, con las personas que toman el inmueble. Ni aún la función social de la propiedad libraría al Estado de su responsabilidad para con el propietario particular, ya que ésta tiene como límite el que se afecte la esencia del derecho, y en el caso de la usurpación de inmuebles se afecta claramente la esencia del dominio. De esta forma, si el Estado quiere consolidar la situación de las personas que ocupan el terreno, y necesita sacar del problema al dueño privado, puede recurrir a otra institución constitucional que sí tendría aplicación expedita en este caso: la expropiación.

Por otra parte, el Estado debe participar en este proceso por iniciativa propia, sin esperar que se demande su intervención. Porque aparte de estar consciente de cuales son sus obligaciones internacionales, también debe estar atento y ser

sensible a los problemas de connotación social, para que su intervención no sólo responda a su obligación de implementar garantías no concretadas, sino que además a evitar que se produzcan ilegalidades conexas como enriquecimiento sin causa, abuso del derecho y fraude procesal (que se pueden presentar si intentamos resolver el caso con la plana aplicación del derecho positivo interno sin ver más allá de la mecánica formalista de la ley). El derecho interno y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile constituyen un ordenamiento jurídico unitario, y es ahí donde podemos encontrar un mayor sustento para la defensa de personas indigentes que se toman un inmueble.

Capítulo III

Estado de Necesidad

A la luz de lo señalado, realizaremos un análisis de las normas penales que eventualmente podrían ser aplicadas en este caso.

En el caso de la toma, por las condiciones y circunstancias de los sujetos activos de la usurpación, y por las características del terreno tomado, podríamos considerar que la conducta típica está autorizada por el legislador en el artículo 10 N° 7 del Código Penal. Dicha disposición contempla la causal de justificación del estado de necesidad, que consiste en producir un daño²⁹ en la propiedad privada ajena para evitar un mal real o inminente que sea mayor que el causado para evitarlo, siempre que no haya ningún otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. Puede ser que este último requisito sea discutible en el caso de la toma, pero los pobladores efectivamente siguieron el conducto regular durante dos años ante las autoridades correspondientes sin obtener resultados positivos, esto es un claro indicio de que no existe una actitud apriorística en el sentido de cometer un ilícito.

Por otra parte, también se podría sostener que la acción de los pobladores, en principio, no es demasiado nociva para el propietario del terreno. Esto es importante por cuanto lo inofensivo de una acción viene a ser la causal de justificación

²⁹ Entiéndase detrimento, perjuicio o menoscabo.

fundamental con relación a la cual deben interpretarse las demás causales de justificación.³⁰

Sin embargo, no podemos ignorar el hecho de que posiblemente, el propietario tenía en apariencia abandonado el inmueble por su incapacidad de generar los recursos necesarios para tenerlo en condiciones; y que la demora en ejercer acciones judiciales puede deberse más que a una dilatada tolerancia, a una dificultad para correr con los gastos económicos que genera la realización de diligencias judiciales y honorarios profesionales propias de un juicio.

El estado de necesidad no exige que el mal causado sea inofensivo para el titular de la propiedad dañada, sino que exige que el mal que se le cause sea menor que el que se trata de evitar. Por tanto, de considerar configurado el delito de usurpación, el estado de necesidad parece ser una causal de justificación que concurre inevitablemente. Así las cosas, los pobladores sabían, que existía una colisión de bienes jurídicos, y que el bien jurídico cuya titularidad radicaba en ellos era de mayor valor que aquél que se estaba afectando mediante un mal menor al que los apremiaba como colectividad hasta los límites de comprometer seriamente su dignidad humana. Por lo tanto, y en principio, no sería punible la acción de los pobladores en virtud del estado de necesidad.

³⁰ NINO Carlos Santiago, *Límites a la Responsabilidad Penal Una Teoría Liberal del Delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, traducción de Navarro, Guillermo, de *Towards a general strategy for criminal law adjudication*. Tesis doctoral en la Universidad de Oxford, p. 336.

La invocación del estado de necesidad, talvez, resulta un poco forzada debido a que las interpretaciones que la doctrina ha hecho del texto legal que establece el principio, han circunscrito su ámbito de aplicación a situaciones extremas en que el sujeto que provoca un daño en la propiedad ajena sufre un mal real e inminente que pone en peligro su vida. Piénsese en el clásico ejemplo del hurto famélico, en que si el sujeto no hurta muere de inanición, o en el caso del sujeto que atrapado en un incendio en el interior de una propiedad ajena rompe vidrios y echa abajo puertas para huir.

Al parecer la doctrina y la jurisprudencia han limitado el estado de necesidad a los casos en que pelagra la vida del sujeto activo de la acción típica autorizada por el legislador. Y si bien la necesidad que lleva a los pobladores a tomarse el terreno es imperiosa, es claro que nadie muere por no tener terreno y casa propios, al menos faltaría la inmediatez que parece hacer procedente a la justificante. Dicha inmediatez, presente, por ejemplo, en el caso del hurto famélico y en del sujeto que daña la propiedad ajena para huir de un incendio, debe existir entre el daño a la propiedad ajena sacrificada y el mal que se trata de evitar. Precisamente, por aquél grado de inmediatez de los casos de estado de necesidad, el sujeto activo de la acción típica no ejecuta ésta con premeditación, pero sí existe premeditación en quienes usurpan un terreno.

Pero es necesario precisar que el término *inminente* hace referencia a lo cercano, a lo próximo, y no a lo inmediato. La interpretación rígida y restringida que

se hace del artículo 10 N°7 no dice relación con la nueva amplitud del ordenamiento jurídico a raíz de los tratados internacionales que consagran garantías que otorgan una nueva dimensión a derechos que son lo suficientemente esenciales como para legitimar la procedencia del estado de necesidad. Es decir, esta nueva dimensión de derechos de carácter esencial viene a otorgar un nuevo fondo al estado de necesidad, porque se realza la importancia de ciertas garantías que tienen por objeto resguardar Derechos Humanos que el Estado está obligado a implementar toda vez que ha ratificado y promulgado los tratados que los consagran.

Por esto, es imperioso hacer una interpretación acorde con el nuevo panorama jurídico conformado no sólo por normas nacionales, sino que también por garantías consagradas internacionalmente, lo que nos permite argumentar que el estado de necesidad sí se aplica al caso de las tomas de terreno por parte de indigentes.

Con respecto a la eventual responsabilidad civil de las personas que se toman el terreno, podemos decir que a diferencia de la penal, la responsabilidad civil³¹ no es consecuencia natural del delito porque sólo en algunos casos y en determinadas circunstancias, un delito da origen a este tipo de responsabilidad, ya que además de

³¹ La doctrina se ha encargado de precisar que esta responsabilidad se denomina civil extracontractual, lo que permite distinguirla de aquella derivada del incumplimiento en la ejecución de un contrato.

constituir un ilícito penal debe afectar intereses particulares, ya sean de la víctima o de terceros.³²

Entrando de lleno en el caso de la toma, es evidente que existe un perjuicio en contra del propietario. Basta con ser privado de la tenencia material de su bien legalmente adquirido para que sufra un daño. Pero por otra parte, el propietario se expuso a la producción de dicho daño, por lo que éste está sujeto a reducción según lo señala el artículo 2330 del Código Civil.

Los pobladores si bien han perturbado la posesión y dominio del propietario, también han aumentado el valor del terreno urbanizándolo. Por esta razón, se debe actuar con particular cautela a la hora de establecer montos por concepto de indemnización, puesto que si se obviara el cambio de las circunstancias económicas referentes al valor del inmueble se podría incurrir en el vicio del enriquecimiento sin causa a favor del propietario. El perjuicio habría sido aceptado por el propietario con motivo de abusar de su derecho, pero nada le impediría solicitar al tribunal una indemnización, ya que el inciso 1° del artículo 2329 del Código Civil señala que por regla general, todo daño es indemnizable.

³² GARRIDO MONTT Mario, *Derecho penal, Parte General*, Tomo I, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 385. También existe otro tipo de diferencias entre ambas naturalezas de responsabilidad. Así, la responsabilidad penal no está sujeta a disponibilidad por parte de las víctimas, salvo en los casos de los delitos de acción privada.

Por su parte, la civil es tácita o expresamente disponible. No se reclama, o se renuncia a la reclamación practicada en un principio.

La responsabilidad penal se gradúa según la gravedad del delito, sin importar la magnitud del daño material o moral que se produce como consecuencia de la comisión del delito.

En cambio, la civil se gradúa de acuerdo a la intensidad del daño o perjuicio causado. De esta forma, se produce la situación de que si no hay daño, no hay responsabilidad civil, puesto que esta tiene por objeto reparar dicho perjuicio. Por tanto, en materia de responsabilidad civil no importa la actitud del sujeto, sino la magnitud del perjuicio.

Por último, debemos señalar que la responsabilidad penal es personalísima, es decir: no existe la representación ni la transmisión de la responsabilidad a los herederos.

Si bien todo daño es indemnizable, las personas que usurpan el terreno no están en condiciones de resarcir perjuicios, menos aún si han actuado amparados por el estado de necesidad. Pero el propietario privado no está obligado a cargar él sólo con un problema social. No es esa la forma en que debiera funcionar la mecánica social. El Estado también debe velar por la indemnidad del propietario, que aún manteniendo, razonablemente o no, abandonado un terreno no puede ser privado de su dominio o de su valor en condiciones que sea solamente él el obligado a solucionar un problema social.

En Chile, la doctrina mayoritaria señala que quien incurre en la comisión de un acto típico amparado por el estado de necesidad como causal de justificación, no puede ser responsable civilmente, toda vez que ha realizado un acto cuya ejecución se encuentra autorizada por la ley.³³ El acto carecería de implicancias y trascendencias tanto penales como civiles, ya que el dueño del terreno no tendría derecho a indemnización porque quienes cometieron el delito no cometieron un delito civil, fuente de la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, el hecho de que el titular del bien jurídico en contra del cual se dirige la conducta típica se vea perjudicado, es un resultado aceptado por el legislador, y si bien podría resultar arbitrario, estos son obstáculos razonables pero

Por su lado, en la responsabilidad civil tiene lugar tanto la transmisión como la subrogación por un tercero.

³³ POLITOFF Sergio, ORTIZ QUIROGA Luis y MATUS Jean Pierre, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 143.

superables.³⁴ Aunque es extremadamente discutible y cuestionable que la solidaridad social pueda llegar a tanto. Sólo en caso que operara un enriquecimiento sin causa a favor de quien comete el acto típico dañando la propiedad ajena, existiría responsabilidad civil por el monto de dicho enriquecimiento porque aquel exceso no está comprendido en el estado de necesidad.

Además, para la doctrina constitucionalista existe un principio de solidaridad universal que consiste básicamente en aceptar que los bienes jurídicos de cada individuo en particular están sujetos a ser lesionados en pro del bien común. De esta forma el interés social está por sobre el interés individual de cada persona.

³⁴ CURY URZÚA Enrique, *Derecho penal parte general*, Tomo I, 2ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 374.

Capítulo IV

Consideraciones sobre la responsabilidad indirecta

Estimando procedente el estado de necesidad como causal de justificación, podemos explorar otros mecanismos que permitan satisfacer expectativas tanto de las personas que se toman el terreno como del propietario del inmueble. Y una alternativa es aplicar derecho privado a la acción del Estado.

La responsabilidad indirecta, básicamente, se refiere a aquellas situaciones en que no se indemniza el daño ocasionado directamente, sino el ocasionado por otra persona o una cosa. Así, el artículo 2320 del Código Civil en su inciso 1° señala que *Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.*

Como sabemos, el Estado es persona jurídica, condición que le permite realizar una actividad jurídica propia y que lo capacita para obligar y comprometer responsabilidad. De esta manera, tenemos que la consecuencia más inmediata de la existencia del Estado persona, es precisamente su responsabilidad.

Dentro de todas las teorías que se han ido desarrollando a través de los años, existe un elevado nivel de consenso en que el fundamento y fin del Estado de Derecho es proteger a sus habitantes asegurando, respetando, garantizando y

promoviendo los Derechos Humanos. Esto constituye la muestra más evidente de que el Estado está al cuidado de las personas sometidas a su jurisdicción. Porque más allá de que existan algunos que postulan que el fin único del Estado es el bien común, precisamente una de las maneras de concretar ese bien común es cuidando, en sus diversas formas materiales y jurídicas, a los habitantes del Estado.

Con esta premisa, se podría sostener que el Estado es la persona al cuidado de los pobladores que toman el terreno produciendo un perjuicio pecuniario al propietario de aquel. Así, por razones socioeconómicas, el Estado debiera responder indemnizando al dueño del terreno invadido. Lo que diferencia este caso del, por ejemplo, violador que provoca un daño físico y sobre todo moral en su víctima y que por tanto debe indemnizarlo, es que si bien el violador también es un habitante del Estado y por lo mismo está bajo el cuidado de aquel ente, todas las personas que están llamadas por ley a responder por los daños de otro, como lo señala el inciso 4° del artículo 2320, se sustraen a esa obligación *si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.*

Si una patrulla de Carabineros sorprende a un sujeto en tentativa de violación o ejecutando dicho delito, tiene el deber de actuar para impedir que continúe la acción delictual, poniendo al sujeto activo a disposición de los tribunales de justicia y conduciendo a la víctima a un centro asistencial.

Si los efectivos policiales no prestan ayuda a la víctima, ésta podría exigir la responsabilidad del Estado porque en esa hipótesis, el delito se habría cometido estando dentro de la esfera en que el Estado con su autoridad y cuidado que su calidad le confiere: podría haber impedido el hecho.

En cambio, en el caso de la toma, que configura el delito de acción privada usurpación de inmueble, el Estado ni siquiera adopta un rol pasivo, sino que autoriza la ejecución del acto a través de la causal de justificación del estado de necesidad.³⁵

Está claro que es requisito esencial para que la responsabilidad se produzca el que se configure un perjuicio. Pero antes de entrar a examinar si existe un perjuicio efectivo e indemnizable a favor del propietario del inmueble objeto de la toma, parece que si el Estado autoriza, a través del Poder Legislativo, la ejecución de actos típicos que pueden afectar derechos legalmente adquiridos y constituidos, es él quien debería hacerse cargo de estas situaciones en que se produce perjuicio a la propiedad de un sujeto que es inocente respecto del mal que motiva recurrir al estado de necesidad. Si bien el estado de necesidad como eximente de responsabilidad en materia civil no tiene cabida en Chile, sí está contemplado como justificante en materia penal, y así, por consecuencia, viene a producir efectos en materia civil en los casos que se comete una acción típica que acarrea daño a la víctima o a terceros.

En definitiva, lo concreto es que se priva de un bien a su titular y con esto se genera una responsabilidad civil porque el solo hecho de verse privado del libre acceso a su terreno constituye un perjuicio, y como el sujeto activo de la usurpación ejecutaría un acto autorizado por la ley no sería responsable en lo penal ni en lo civil. Pero esto no significa que no haya perjuicio y que por tanto no haya nacido una

³⁵ Es más, la responsabilidad civil objetiva, es decir, aquella en que se atiende sólo al resultado de la conducta y no a su contenido, puede tener perfectamente como presupuesto un acto lícito. Y es así como la doctrina más moderna admite, en ciertos casos, la procedencia de indemnizar los perjuicios sufridos por el titular del bien dañado, esto sería la aplicación de un mínimo de equidad. Es más, la legislación chilena ha ido consagrando la responsabilidad objetiva en materias de naturaleza civil. Ver el Art. 155 del Código Aeronáutico y en el Art. 49 Ley 18.302. (Seguridad nuclear)

responsabilidad civil. Esta responsabilidad se ha generado y alguien tiene que asumirla en amparo de la legítima adquisición de los derechos reconocidos y protegidos por nuestra legislación, y aún más, en el caso de la propiedad nos encontramos ante un derecho consagrado y resguardado constitucionalmente. Un mínimo índice de seguridad jurídica y de estabilidad de derechos exige que quien se ve arbitrariamente privado de su derecho pueda resarcirse de los perjuicios vía acciones judiciales que permitan perseguir la responsabilidad civil.

En virtud del estado de necesidad, el sujeto activo del acto típico no responde por las consecuencias de sus actos, pero no sería necesario que se especificara ese efecto si no existiera un perjuicio. Y un perjuicio patrimonial es a todas luces reparable civilmente. El Estado es el llamado a responder por estos perjuicios al establecer una mecánica legislativa insuficiente para coordinar diversas situaciones en que se presentan colisiones entre bienes jurídicos. A lo menos se configuraría un caso de responsabilidad indirecta.

Por tanto, podría existir una responsabilidad civil a favor del dueño del terreno, que en el supuesto de ser acogida la procedencia del estado de necesidad como autorización de la ejecución de un acto típico que irroga perjuicio a un tercero inocente, debiera ser asumida por el Estado.

El propietario del terreno es titular del derecho correlativo a la obligación de resarcir perjuicios. Es el acreedor del responsable civil. Y en este caso es el Estado quien debe asumir esa responsabilidad civil que nace a la vida del derecho por haber

participado en forma esencial en el problema al eximir de responsabilidad penal a los pobladores y consecuencialmente de responsabilidad civil por los mismos hechos. Entonces, es el Estado el que priva de su derecho al dueño del terreno, aún cuando él mismo se ha encargado de regular detalladamente la forma de adquisición, constitución y establecimiento de derechos sobre inmuebles, aumentando así lo arbitrario de las consecuencias jurídicas del estado de necesidad en contra del titular de la propiedad ajena dañada. El Estado —de desconocer esta circunstancia— estaría cargando sobre los hombros de propietarios particulares responsabilidades y obligaciones contraídas por él mediante la ratificación de tratados internacionales en que se consagran derechos relativos a la calidad de vida de las personas especificados a través del derecho a vivienda adecuada.³⁶

³⁶ Consiste básicamente en el derecho fundamental de toda persona a acceder y mantener un hogar y una comunidad seguros en que pueda vivir en paz y en dignidad, y cuyo ejercicio es considerado como esencial para poder gozar de los demás derechos humanos.

Su consagración internacional forma parte de los textos de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.1, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11.1. Además, estas normas pueden ser complementadas con disposiciones contenidas en La Convención Sobre los Derechos del Niño, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Como derecho humano, adquiere reconocimiento en nuestro sistema nacional a raíz de la ratificación de los tratados internacionales que lo consagran.

El problema es que la funcionalidad de este derecho se ve truncado por prioridades de presupuesto nacional que no contemplan garantizar una vivienda adecuada. Esto implica menor disponibilidad de recursos para gastos sociales y para implementar políticas dirigidas a salvaguardar a los grupos más vulnerables de nuestra sociedad.

Un punto sumamente concreto es que en Chile, la excesiva privatización de servicios básicos que tienen relación directa con lo habitacional atenta contra los sectores más pobres de nuestra sociedad, aumentando las diferencias socioeconómicas, y por lo mismo, dificultando el acceso de estos a disfrutar de una vivienda adecuada.

Esto dificulta el pleno goce de una vivienda adecuada y que, por ejemplo, impiden el acceso a agua potable. Y precisamente la violación del derecho de acceso al agua potable, componente de una vivienda digna, es una de las situaciones más recurrentes en los países tercer mundistas.

Sin embargo, esta circunstancia no justifica, en principio, que las personas sin acceso a una vivienda adecuada invadan terrenos para asentarse en forma irregular, pero coloca sobre la mesa una necesidad que requiere imperiosamente de un rol estatal activo. Y esta actuación del Estado es exigible producto de su incapacidad para cumplir con los instrumentos vinculantes de carácter internacional que ha ratificado, y esto agravado por su actuar en dirección opuesta al objetivo de la vivienda adecuada, ya que las privatizaciones de servicios básicos desvinculan al Estado de su rol garantizador de estos mínimos presupuestos de dignidad humana. Por tanto, se puede deducir que ni siquiera existe una política de carácter programático para implementar y concretar el derecho humano de la vivienda adecuada. Y de esta forma, tenemos que normas de carácter universal no se han implementado en Chile, en parte por incapacidad económica del Estado, pero también en gran medida por una cuestión de agenda de prioridades, y sólo nos quedan no tan destacables esfuerzos del Ejecutivo, a través del

Incluso, y extrapolando la postura, se podría sostener que el Estado se coloca en una posición de garante respecto del sujeto activo de un delito toda vez que en su comisión concurre alguna causal que justifique su proceder y que por lo tanto deje en indefensión jurídica a la persona cuya propiedad es sacrificada.

La doctrina siempre ha negado la responsabilidad del Estado por la dictación de una ley o pronunciamiento de una sentencia judicial, salvo en caso de

Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que apuntan a dar bastantes facilidades para el pago de los dividendos de las viviendas para evitar la morosidad por medio del pago de abonos.

Más aún, del análisis normativo se desprende que las personas que tomaron el terreno para asentarse, pueden ser desalojadas según nuestro ordenamiento interno. Pero los desalojos forzados han sido duramente atacados en el seno de las Organizaciones Internacionales. Pero es del caso precisar, que la mayor parte del desarrollo doctrinario está dirigido a sistematizar regulaciones tendientes a impedir que se desalojen a propietarios particulares, minorías, pueblos indígenas, etc. Es decir, se enfoca desde una perspectiva más política y cultural, que civil o penal. Pero no podemos abstraernos al hecho de que los Estados tienen un deber de abstención en el sentido de realizar desalojos forzados de viviendas y tierras, y dicha obligación emana de una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que también se encargan de proteger el derecho a la vivienda.

En este sentido, podemos señalar que en la resolución 1993/77 de la Comisión sobre los Desalojos Forzados se afirma que la práctica de dichos desalojos constituye una grave violación a los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada.

Se podría argumentar que la materia de los desalojos forzados, al ser tratada desde una perspectiva más política y cultural que individual, impide que podamos decir que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, y que por lo mismo no podríamos concluir que el desalojo forzoso de los ocupantes o usurpadores de un terreno particular sea equiparable a los desalojos forzados que son materia de estudio en los organismos internacionales.

Pero para contrarrestar este último argumento, podemos destacar que la resolución 1991/12 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ha señalado que los propietarios de las viviendas constituyen uno de los entes que pueden ser gestores de los desalojos forzados.

Por otra parte, uno de los límites garantistas que se han consagrado internacionalmente, es exigir la precedencia de una orden judicial para el desalojo. Exigencia que se cumpliría en el caso concreto de la toma, ya que con posterioridad a la notificación a ambas partes de la sentencia favorable para el propietario, se procedería a pedir la orden de desalojo si las personas ocupantes no cumplen con la sentencia.

¿Pero qué normas priman, las penales o civiles por un lado, o las normas consagradas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile? La respuesta puede enfocarse desde el punto de vista de la especialidad de las normas nacionales tanto en materia penal como civil, pero también tenemos que las normas internacionales son bastante precisas y enfáticas en orden a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y el rechazo de los desalojos forzados.

Además, por una cuestión de estructura piramidal de nuestro ordenamiento jurídico, debemos resaltar el rango constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Al menos, es esta la interpretación que hace la doctrina mayoritaria respecto al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. (Esta fue una reforma constitucional introducida por la Ley N° 18.825 de 1989).

Por esta última razón, podemos concluir que si bien, normativamente tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, nuestro ordenamiento jurídico contempla el desalojo forzoso para situaciones de usurpación como los del caso que nos ocupa, la actuación de los órganos del Estado, debe estar orientada a garantizar derechos humanos consagrados internacionalmente que al estar ratificados por Chile, tienen rango constitucional.

resoluciones injustificadamente erróneas o arbitrarias. Pero la situación cambia cuando hay leyes que en el caso concreto traspasan a los particulares las obligaciones legales y constitucionales del Estado. Si bien nuestra Constitución no consagra derechos a la vivienda, sí lo hacen tratados internacionales ratificados por Chile, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11.³⁷

Además, en el caso de dañar la propiedad inmueble se produce una colisión de disposiciones legales que hace naufragar el derecho del propietario del bien afectado. Todo esto partiendo del supuesto que el juez estimara procedente el estado de necesidad como justificante.

Y si se pudiera pensar en la función social de la propiedad, a lo sumo, el Estado podría expropiar el terreno, pero esto sería cambiarle el nombre al resarcimiento del perjuicio experimentado por el propietario, ya que pasaría de indemnización de perjuicios a indemnización por expropiación. En ningún caso valdría como alternativa para hacer desaparecer cualquier intento del dueño por obtener algún tipo de compensación económica.³⁸

³⁷ MAYORGA LORCA, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 184.

³⁸ La función social de la propiedad no excluye la responsabilidad civil que se genera a favor del titular de la propiedad dañada en "uso" del estado de necesidad, sólo que aquella indemnización se cobra a través de la expropiación, porque existiendo un perjuicio de esta magnitud, el sistema jurídico debe ser capaz de satisfacer tanto necesidades patrimoniales con implicancias sociales, como así también resguardar debidamente los derechos establecidos, consagrados y garantizados a favor de propietarios particulares.

Este desarrollo nos permite graficar que el Estado debe cumplir un rol fundamental en este tipo de problemas, porque los límites de la solidaridad social pueden ser fácilmente sobrepasados en forma arbitraria, por lo que se requiere una actuación estatal que más que autorizar la ejecución de actos típicos o reglamentar la forma de adquirir un derecho real sobre un inmueble, constituya una instancia conciliadora, negociadora o, por último, simplemente expropiadora en forma absolutamente legal.

Entonces, la cuestión pasa por justificar soluciones razonables que den al presente caso una salida no tan plana jurídicamente y más comprensiva de las situaciones en que el sujeto activo ejecuta una acción apremiado por necesidades que el Estado tiene el deber de satisfacer. Porque si bien resulta arbitrario dejar de lado alguna pretensión patrimonial del dueño del terreno por concepto de indemnización por daño, aunque en definitiva resultara ser mínimo, también resulta chocante aplicar sobre los pobladores indigentes que toman el terreno todo el peso sancionador del derecho penal y todo el peso obligacional del derecho civil.³⁹

³⁹ El dueño del terreno podría exigir directamente indemnización de perjuicios al Estado sólo en el evento de que algún organismo público hubiere tenido algún grado de participación en la acción de ocupar y usurpar el terreno, o en la construcción de las mejoras introducidas al inmueble. Este tipo de responsabilidad sería de naturaleza civil extracontractual por daño.

Conclusiones

Lo medular de las conclusiones corresponde a lo que ya ha sido expuesto en el desarrollo de cada uno de los capítulos de este trabajo, por lo tanto haré un breve repaso de lo dicho hasta ahora.

Si un grupo de personas se toma un terreno, es decir, lo ocupa y usurpa, su acción genera consecuencias civiles y penales en su contra. Pero si aquel grupo está conformado por individuos indigentes, la valoración de las circunstancias cambia radicalmente porque no estaríamos frente a personas que intentan eludir el camino largo para acceder a vivienda mediante el ahorro y postulaciones a subsidios, sino que nos encontraríamos ante personas imposibilitadas de participar en programas estatales para la vivienda precisamente por no tener nada.

La indigencia no se refiere únicamente a la carencia material, ya que hay que tener muy presente todo lo que la pobreza acarrea: falta de educación, ausencia de oportunidades de desarrollarse en sociedad, mayor exposición a enfermedades, etc. Tampoco hay que olvidar las dificultades para el control de natalidad en los estratos más desposeídos de nuestra sociedad (en términos de poder ejercer una paternidad responsable), lo que llevará a dificultades para la protección del interés superior del niño, principio consagrado internacionalmente y vigente en Chile..

En vista de estos antecedentes se hace altamente inconveniente desde el punto de vista social, como también, reñido con la moral desalojar y dejar a su suerte a un grupo de familias indigentes: es importante remarcar que no se trata de un

simple grupo, sino de familias, ya que esto evidencia lazos afectivos y la firme intención de arraigarse en un lugar para optar a algún grado de desarrollo. Es decir, no intentan marginarse, sino integrarse socialmente. El Estado no puede negarse a esa voluntad de integración y participación.

Pero si aún así, se pudiera pensar que el estado de necesidad no procede en esta situación, creemos, que la consagración internacional de derechos humanos a la vivienda adecuada y a la prohibición de desalojos forzados, permite sopesar las necesidades de un grupo de familias indigentes que se toma un terreno, dentro de una nueva dimensión, mucho más amplia y profunda que la desarrollada por la legislación penal, la doctrina penalista y la escasa jurisprudencia pronunciada respecto al estado de necesidad. Esto, en el sentido de que existe una obligación del Estado para con las personas sometidas a su jurisdicción consistente en asegurarles y procurarles acceso a una vivienda adecuada y a la mediana calidad de vida que a partir de esa circunstancia se deriva.

Por tanto, es inevitable recurrir a procesos valorativos para determinar qué elementos jurídicos son relevantes para justificar una acción o decisión, lo que nos permite elaborar un razonamiento jurídico justificatorio más amplio.³⁸

³⁸ NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 84.

Pero, también está el problema del propietario particular que sacrifica su propiedad, y no solamente soportando un daño en ella, sino que siendo absolutamente privado del objeto de su dominio.

El Estado de Derecho exige un mínimo resguardo de la seguridad jurídica y de la estabilidad de los derechos, y esta exigencia también demanda del Estado un rol activo y garantizador. El Estado chileno no tiene un mecanismo formal de reacción frente a la toma de terrenos.

Un medio al que podría recurrirse para salvaguardar los derechos de ambas partes, propietario y usurpadores, sería que el Estado trasladara a los ocupantes hacia otro terreno que se les cediera en propiedad. Esto, sin embargo, muchas veces trae consigo el desarraigo de las personas que son enviados a lugares que no les resultan familiares y a una desintegración de los lazos que pueden haberse creado entre los participantes de la toma. Asimismo, todo el tiempo por el cual el propietario estuvo privado de su inmueble ya ha provocado un perjuicio. Si bien podría estimarse que soportar ese perjuicio fue su contribución al bien común, a la justicia social o al interés de la Nación, o que precisamente ese perjuicio constituye el daño que está obligado a soportar en virtud del artículo 10 N° 7 del Código Penal; también podemos ver esa situación como la de un sujeto que se ve obligado a soportar una serie de cargas como las contribuciones por su propiedad inmueble, y que, además, para ser legítimo propietario de aquel bien ha seguido los pasos que el legislador se ha encargado de detallar con precisión: escritura pública, inscripciones, demarcaciones, etc. Y que más aún, las personas que se toman el terreno se han visto obligadas a incurrir en esa conducta precisamente porque el Estado no ha sido capaz de implementar garantías fundamentales vinculantes para él, toda vez que se encuentran ratificadas en Chile, en favor de sus habitantes; justificando a su vez a quienes usurpan el inmueble a través del estado de necesidad. Y como el estado de necesidad libera de responsabilidad civil a quienes se enmarcan en

dicha causal de justificación se priva al propietario del debido resguardo de sus derechos.

Precisamente por esta ausencia de reacción formal e institucional por parte del Estado frente a las tomas de terreno, nos hemos permitido aventurar la posible alternativa de la responsabilidad indirecta del Estado a favor del propietario.

Los gobiernos de turno en Chile enfrentados ante tomas colectivas de inmuebles han optado por negociar con el dueño del terreno para comprarle el inmueble. Si las negociaciones no fructifican se procede a la expropiación. Y durante todo ese tiempo no se ejercen acciones judiciales en contra de los ocupantes, circunstancia que no obedece a ningún razonamiento justificado jurídicamente dentro de la lógica del ordenamiento jurídico interno. Salvo que el Estado entendiera que de hecho, toda esa situación de conflicto que se genera, surge precisamente, por una falta de servicio de su parte, por su incapacidad de implementar garantías reconocidas por él en favor de sus habitantes. Cabe mencionar, por ejemplo, lo ocurrido en uno de los casos más emblemáticos de las tomas de terrenos en Chile: la toma de Peñalolén, que, institucionalmente, terminó de una manera bastante indecorosa. Algunos de los miles de ocupantes fueron trasladados a terrenos comprados por el Estado a inmobiliarias no licitadas, mientras otros ocupantes quedaron definitivamente en los terrenos tomados en Peñalolén, expropiados para ser cedidos a ellos en dominio. Posteriormente los pobladores de la toma, papeles en mano, vendieron sus terrenos en una elevada suma.

Para evitar estas situaciones, el Estado requiere implementar una política eficiente que evite situaciones de abuso tanto por parte de usurpadores como de los propietarios particulares de los inmuebles tomados, quienes pueden, finalmente, resultar enriquecidos.

El análisis realizado, sin duda, impacta sobre el Estado en términos que debe desplegar sus mayores esfuerzos para implementar el derecho a la vivienda adecuada, un paso importante para combatir la pobreza y así evitar llegar a insatisfactorias soluciones de manera informal no obedeciendo a ningún criterio claro y objetivo.

Tal vez la conclusión más concreta a que se puede llegar, frente a la ausencia de respuesta formal del Estado para hacer frente a situaciones como la toma de terrenos por parte de familias indigentes, es que el Estado necesita urgente una ley autónoma que regule su responsabilidad extracontractual, y mientras ello no ocurra no existe motivo alguno para no aplicar derecho común, es decir, normas de derecho privado, a la actividad estatal.

Bibliografía

Libros

CURY URZÚA ENRIQUE, *Derecho penal parte general*, Tomo I, 2ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

DUCCI CLARO, CARLOS, *Derecho Civil parte general*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III, 2ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho penal, Parte especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MAYORGA LORCA, ROBERTO, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

MEZA BARROS, RAMON, *Manual de derecho civil, de las Obligaciones*, 9ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Límites a la Responsabilidad Penal Una Teoría Liberal del Delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, traducción de Navarro, Guillermo, de *Towards a general strategy for criminal law adjudication*. Tesis doctoral en la Universidad de Oxford.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al Análisis del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1991.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1994.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, 3ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

POLITOFF SERGIO, ORTIZ QUIROGA LUIS y MATUS JEAN PIERRE, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

QUINTANA BRAVO FERNANDO, *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001.

RIOSECO ENRIQUEZ EMILIO, *El derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Teoría de la interpretación jurídica*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª edición, EUDEBA, 1994.
Traducción de Genaro R. Carrió.

VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO;
NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional Tomo I*, 2ª edición, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

Artículos

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Autonomía y necesidades básicas*, Doxa N° 7, 1990.

ROSENKRANTZ, CARLOS, *La pobreza, la ley y la constitución*. Nota: este artículo estuvo disponible en INTERNET.