

USURPACIÓN: ¿DELITO O ESTADO DE NECESIDAD? AFECTACIÓN DE DERECHO A LA VIVIENDA, DESPROPORCIONALIDAD EN LA DISPONIBILIDAD DE LOS RECURSOS DEL ESTADO Y EN LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL COMO MEDIDA DE COERCIÓN PARA RECUPERAR LA PROPIEDAD DE UN INMUEBLE

María Macarena Gallarreta

Ministerio Público de la Defensa CABA (Secretaría de Acceso a la Justicia-Dirección de Asistencia a Personas en Procesos de Desalojos)

macagallarreta@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca mostrar las contradicciones que existen detrás del discurso de los recursos limitados para respetar los derechos. Para eso, explicaré la utilización de la figura penal de la usurpación como método para resguardar el derecho de propiedad por sobre el derecho a la vivienda digna.

Entonces, me pregunto si se puede considerar que es un delito o si se configura el estado de necesidad que eximiría al acusado de responsabilidad penal.

Como consecuencia de ello, a lo largo de todo el trabajo subyace el interrogante sobre si es el sistema punitivo el indicado para abordar esta problemática, o si debería existir un abordaje interdisciplinario que permita identificar las causas del problema y los modos apropiados de alcanzar una resolución que respete los derechos de todos los involucrados.

Antes de adentrarnos en la coalición de derechos que identificamos en el interrogante que da lugar al trabajo, es necesario especificar lo que debe entenderse por vivienda adecuada y lo relativo al desalojo forzoso

Con relación a la usurpación en la Ciudad de Buenos Aires –legalmente- es un delito que se encuentra tipificado en el artículo 181 del Código Penal de la Nación, el que establece una pena de seis meses a tres años.

“ARTICULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1.el que 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; 2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterar los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”

Sin embargo, los tratados internacionales –que fueron suscriptos por nuestro país- expresan que, dada la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida

que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas según proceda.-

Como consecuencia de ello, considero que en el caso de las usurpaciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se produce una colisión de derechos e intereses que pone en debate un abanico de cuestiones para analizar.

Entre ellas:

1. si la respuesta del Estado –ante la falta de recursos de las personas afectadas- es la adecuada a lo establecido en la normativa constitucional;
2. la desigualdad de las partes ante el proceso;
3. la importancia del derecho de propiedad vs los derechos humanos;
4. el procedimiento de desalojo y la adecuación al protocolo propuesto por la Observación General 7,
5. el desmedro en el cuidado de los bienes de las personas afectadas y
6. la disponibilidad de recursos que pone el Estado a disposición para llevar a cabo el procedimiento de desalojo –con el fin de garantizar el derecho de propiedad- contra los que pone a disposición para cumplir con las garantías de los derechos humanos.

DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

En el año 1994 la Convención Constituyente incorporó a nuestra Constitución Nacional a través del artículo 72 inciso 22, una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ese artículo, se establece que los mismos tienen jerarquía constitucional y son incorporados en las “*condiciones de su vigencia*”.

Por ello, las Observaciones Generales que realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deben considerarse como ley formal para nuestro ordenamiento.

En la Observación General N° 4 del año 1991, el Comité analiza los alcances del artículo 11 del PIDESC e identifica que “*el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.*”

Cabe resaltar a modo de ejemplo, que el derecho a la vivienda digna es la herramienta apropiada de todo un grupo familiar para resguardar, entre tantos otros derechos, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 16 la protección que merece el derecho de la intimidad y menciona la protección que requieren contra esas injerencias tanto “*en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia*”.

Agrega luego, en el mismo documento, que “*Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: ‘el concepto de <vivienda adecuada>... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable*”.

En la mencionada Observaciones General, enumera una serie de elementos indispensables para considerar adecuada una vivienda. Además de explicar en que consiste cada uno de ellos, establece que es el Estado el que tiene que llevar a cabo las políticas que sean necesarias para que todas las características (que se identifican a continuación) puedan llevarse a cabo.

- a) Seguridad jurídica de la tenencia.
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.
- c) Gastos soportables.
- d) Habitabilidad.
- e) Asequibilidad.
- f) Lugar.

g) Adecuación cultural.

De todo ello, se desprende que el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables.

Toda vez que el derecho a la vivienda es mucho más que una casa, siendo el espacio apropiado para poder saciar y respetar otros derechos, es interesante especificar como cada una de las posibles vulneraciones conlleva a otra, en este trabajo tan sólo enumeraremos los derechos reconocidos por los tratados internacionales que se encuentran amenazados de ser vulnerados por el no respeto al derecho a la vivienda.

Entre otros se pueden ver afectados el derecho a la vida¹; la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes²; el derecho a la seguridad personal³; el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a una vivienda adecuada, alimentos, agua y saneamiento⁴ el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada, el domicilio y la familia⁵; la libertad de circulación y elección de la residencia⁶; el derecho a la salud⁷; el derecho a la educación⁸; el derecho a trabajar⁹; el derecho a un recurso efectivo¹⁰; los derechos a votar y participar en la dirección de los asuntos públicos¹¹ el derecho a la propiedad¹².

DESALOJO FORZOSO

En segundo lugar, es indispensable adentrarnos en el concepto de desalojo forzoso y su alcance.

En todo el mundo, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, los desalojos son una problemática que se presenta como corolario de distintas causales.

Tanto es así que en 1997 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, redactó su observación general 7, donde profundizó¹³ su análisis sobre los desalojos forzosos como metodología de vulnerar el derecho a una vivienda adecuada consagrado en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto.

El desalojo forzoso es *“el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”*.

Desarmando esta definición se pueden identificar varios elementos que componen el concepto. Estos son:

- Hacer salir a personas a personas, familias y/o comunidades
- De los hogares y/o tierras que ocupan
- En forma permanente o provisional
- Sin ofrecerles medios apropiados de protección legal
- O de otra índole
- Ni permitirles el acceso a ellos

¹ PIDESC art. 6.1

² Ibídem. art. 7

³ Ibídem. art. 9.1

⁴ Ibídem. art.11

⁵ Ibídem. art. 17

⁶ Ibídem. art. 12.1

⁷ Ibídem. art.12

⁸ Ibídem. art. 13

⁹ Ibídem. art. 6.1

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.3 y 26

¹¹ Ibídem. art. 25

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17

¹³ En la Observación General N° 4 explicada con anterioridad, el Comité había mencionado que una de las formas para vulnerar el derecho que estaban trabajando en esa oportunidad era la realización de desalojos forzosos. Sin embargo, se vieron en la obligación de especificar los alcances de estos.

Es menester destacar que la conjunción verbal “hacer salir” lleva implícito la falta de voluntad del sujeto pasivo de la acción. Este el elemento esencial de la configuración del desalojo forzoso.

Si bien, en el presente trabajo me centro especialmente en el derecho a la vivienda adecuada, el desalojo forzoso también se configura sobre tierras productivas.

Por otro lado, la definición confeccionada por el Comité habla de los medios apropiados de protección legal, ya sea brindándolos directamente o permitiendo el acceso a ellos.

Esto está relacionado con las obligaciones que tiene el Estado tanto para proteger los DESC como para no permitir la regresión sobre derechos ya adquiridos. Esta temática la desarrollaré más adelante.

Por otro lado, resulta indispensable identificar dos premisas que en el folleto informativo N° 25 redactado por ONU Hábitat y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas¹⁴:

“Una resolución administrativa o judicial por sí sola no se traduce necesariamente en un desalojo legal o justificado”¹⁵

Para no configurarse como forzoso, es necesario que el procedimiento de desalojo se lleve respetando las normas internacionales de derechos humanos y sobre todo cumpliendo el Estado todas las obligaciones que tiene en la materia.

“La protección contra el desalojo forzoso no está vinculada a los derechos de propiedad.”¹⁶

Hago hincapié especialmente en esto dado que el proceso judicial por el supuesto delito de usurpación que desarrollo en el presente trabajo reconoce la legalidad del procedimiento de restitución del inmueble en la precariedad de la tenencia que los habitantes tienen sobre el mismo.

OTRAS VULNERACIONES

Del mismo modo que enumeramos algunos de los derechos que se vulneran cuando el Estado no cumple con su obligación de garantizar el acceso a una vivienda adecuada, en este punto analizaremos algunos de los derechos que se ven especialmente lesionados con la comisión de un desalojo forzoso.

Según el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, *“los desalojos forzosos intensifican la desigualdad, los conflictos sociales, la segregación y la creación de guetos, que invariablemente afectan a los sectores de la sociedad más pobres, más vulnerables social y económicamente y a los marginados, especialmente a las mujeres, a los niños, a las minorías y a los pueblos indígenas”¹⁷*

La inseguridad en la tenencia obliga en muchas ocasiones a que la población más vulnerable, como los migrantes o mujeres, acepten y toleren condiciones de habitabilidad muy por debajo del mínimo aceptable para reconocer como respetado el derecho a una vivienda adecuada.

“La falta de títulos y residencia en los asentamientos informales a menudo se utilizan como justificación de los desalojos forzosos. Sin embargo, el respeto por los derechos humanos es independiente de las condiciones particulares, incluida la propiedad. Por ejemplo, si un Estado es incapaz de garantizar el derecho a una vivienda adecuada para todos, debe considerar varias soluciones, como permitir a los particulares proporcionarse algún tipo de vivienda por su cuenta, incluso si ello se hace a través de la creación de asentamientos informales.”¹⁸

Respecto a las dificultades específicas que deben afrontar las mujeres a la hora de resguardar el derecho a la vivienda adecuada, la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el año 2005, la resolución 2005/25 que entre otras dificultades *“Afirma que la discriminación contra la mujer en la ley y la práctica*

¹⁴ ONU Hábitat, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas “Folleto Informativo sobre los derechos humanos N° 25: Desalojos Forzosos. 2014

¹⁵ ibídem.

¹⁶ ibídem

¹⁷ A/HRC/4/18

¹⁸ ONU Hábitat y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas “Folleto Informativo sobre los derechos humanos N25: Desalojos Forzosos” (2014) pág. 10

en relación con el acceso, la adquisición y conservación de tierras, bienes y vivienda, así como con el financiamiento para la adquisición de tierras, bienes y vivienda, constituye una violación del derecho humano de la mujer a la protección contra la discriminación y puede afectar al ejercicio de otros derechos humanos.”¹⁹

En el mismo documento “*Insta a los gobiernos a encarar la cuestión de la reubicación y el desalojo forzosos del hogar y de las tierras, y a eliminar sus desproporcionadas repercusiones para las mujeres*”²⁰

Asimismo, cabe mencionar el efecto que un desalojo forzoso produce en los niños, niñas y adolescentes. En Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto identifica en su informe “*el vínculo esencial entre los derechos a la vivienda y las condiciones de vida de los niños y su desarrollo cognitivo, físico, cultural, emocional y social, teniendo en cuenta en particular que los niños son desproporcionadamente vulnerables a los efectos negativos de unas condiciones de vida inadecuadas e inseguras. Una vivienda debe ser percibida como un hogar, un lugar estable al que puede regresar el niño con un sentimiento de seguridad.*”

En ese sentido, recordar también que el art. 9 de la Convención sobre derechos del niños establece que es obligación de los Estados Partes velar por que el niño no sea separado de sus padres, y el artículo 16 del mismo cuerpo legal que le indica, como ya mencionamos antes, que el domicilio no puede ser objeto de injerencias arbitrarias.

DESALOJOS EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. USURPACIÓN:

Los desalojos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden ser de tres tipos, civiles, penales o administrativos.

En este caso, en particular, me referiré a los desalojos efectuados en el marco del delito de usurpación, el cual se encuentra tipificado en el artículo 181 del Código Penal de la Nación Argentina y regulado en el artículo 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.-

Cabe destacar que en las usurpaciones, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, afectan principalmente a un colectivo de personas que, de no estar habitando ese inmueble, estaría en situación de calle. En la mayoría de los casos son familias con niños, en muchos otros también son grupos de inmigrantes.

Estos grupos en su mayoría no tienen un trabajo fijo ni registrado, lo que hace aún más difícil poder acceder a una vivienda de modo formal, debido a todos los requisitos que ello implica, ya sea para intentar obtener un crédito o para alquilar.-

Esta falta de documentación acarrea también otro tipo de problemáticas sociales como la escolaridad de los niños o la imposibilidad de acceder a los programas de asistencia estatal, que también exigen entre otros contar con una residencia mínima en la ciudad de 2 años que en muchos casos es casi de imposible acreditación.

PROCESO PENAL

El artículo 181 del Código Penal establece una pena de seis meses a tres años de prisión al que despojara a otro, de la posesión o tenencia de un inmueble mediante -violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza, clandestinidad, destrucción o alteración del inmueble, o turbación de la posesión o tenencia con violencia o amenazas-.

Por su parte el artículo 335 del Código Procesal, expresa que en cualquier momento del proceso el juez o fiscal podrán, a pedido del interesado, disponer provisionalmente el reintegro de la posesión o tenencia cuando el derecho invocado fuera verosímil.-

¹⁹ Resolución 2005/25 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre la igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada.

²⁰ *ibidem*

“Art. 335.- Restitución. Las cosas secuestradas que no estuvieran sujetas a decomiso, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron o a quien acredite mejor título de dominio conforme el Código Civil. Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva o la obligación de poner las cosas a disposición de quien corresponda. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de los gastos y costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas. En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-

PROCESO COMO MEDIDA CAUTELAR

Una primera cuestión a destacar es la referente al proceso de restitución anticipada, establecido en la norma citada precedentemente, que ha sido cuestionado en numerosas oportunidades por considerar al mismo violatorio de las garantías del debido proceso adjetivo.-

La norma cuestionada -cuando establece la posibilidad de la restitución provisoria del inmueble en cualquier estado del proceso aún sin haberse dictado el auto de elevación a juicio, invocando como único requisito la verosimilitud en el derecho- da lugar a que el proceso de usurpación tramite mediante el régimen de una medida cautelar²¹, que es resuelta inaudita parte y cuya sola exigencia para el dictado es la comprobación de la verosimilitud en el derecho. Sin embargo, una vez dictada se agota el proceso. En este sentido, estamos ante un proceso penal que se resuelve sin respetar el derecho de defensa en juicio, privando a los damnificados de contar con su legítima defensa y en consecuencia su derecho a ser oído.-

Este procedimiento, resulta muy cuestionado e infringe los derechos de las personas afectadas desde varias aristas. La afectación del derecho de defensa genera un estado de desigualdad de las partes. Ello dado que, las personas afectadas no cuentan con la posibilidad de oponer su defensa y a su vez, conforme fue constatado, la mayoría de las órdenes dictadas en un proceso de restitución de inmueble se efectuaron sin que existiera notificación, a las personas involucradas ni a quienes ejercen la defensa técnica, de la existencia de una investigación penal con posibilidad de afectar -a través del dictado de una orden de carácter irreversible- derechos fundamentales de éstas²².-

AFFECTADOS NO SON PARTE DEL PROCESO PENAL

Esta cuestión se ve agravada, dado que -en la mayoría de los procesos- las personas afectadas no son parte del proceso penal. Esto debido a que no siempre las personas imputadas son quienes habitan el inmueble objeto del proceso, o el inmueble es habitado por varias familias más de las que fueron identificadas en la causa.

Esta situación pone en una encrucijada a la Defensa ya que para poder ejercer el legítimo derecho de defensa de las partes debería presentarlas en una causa penal, con la gravedad de las consecuencias que esto conlleva, y la inevitabilidad de la causa penal hace que estas familias no tengan la posibilidad, por un lado de ejercer su legítimo derecho defensa en el proceso y, por otro, que no puedan exigir el cumplimiento de los derechos sociales que los amparan.-

²¹ Expte. 8142/11 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “incidente de apelación en autos: Gomez Cristian s/infr. Art. 181, inc, 1 CP´”.-

²² Abramovich y Rossi (2012)

“En el contexto de los desalojos forzosos, el derecho a interponer recursos y a mecanismos judiciales o de otro tipo de rendición de cuentas, incluida la impugnación de los motivos del desalojo forzoso, se suele denegar, lo que tiene como consecuencia más violaciones de los derechos humanos relacionadas con el acceso a la justicia.”²³

Es dable mencionar que, conforme el artículo art. 279 del Código Procesal Penal de la CABA, las impugnaciones judiciales que causen un gravamen irreparable a quien presente un interés directo pueden ser objeto de impugnación.

En relación con lo cual, vale remarcar la ironía que se presenta cuando el juez interviniente en un proceso Contravencional considera que en virtud del mencionado artículo el Estado puede

impugnar una sentencia judicial que reconoce derechos a los habitantes desalojados, pero estos no lo pueden hacer, ya que su situación habitacional no es el objeto del proceso y se considera que la afectación de sus derechos no es irreparable.

A modo de ejemplo, me gustaría mencionar el caso dado en el marco del expediente N° 11092-01/16 caratulado “Incidente de apelación en autos ‘NN s/ art. 1472:73 Violar clausura por autoridad judicial o administrativa’”. En una primera instancia se logró dar cumplimiento a una orden de desalojo en virtud que el juez reconoció los derechos de los habitantes en la sentencia judicial y puso en cabeza del Estado de la Ciudad la obligación de velar por el efectivo acceso a una vivienda adecuada de todos los afectados.

Sin embargo, amparándose en el art. 279 se permitió que el Estado impugne esa sentencia y revoque la decisión, limitando las obligaciones con las que debe cumplir. Empero, no se permitió que los afectados se defiendan en ninguna instancia del proceso. Vale, destacar que si bien el caso no fue encuadrado como una usurpación, podemos decir que estaríamos frente a los nuevos modalidad de desalojos “encubiertos”, toda vez que se trata casualmente de una operatoria de desalojar inmuebles en los que existe un proceso de desalojo civil en trámite y de repente terminan siendo desalojados por una “violación de clausura administrativa”, cuando –en este caso en particular- existieron informes presentados por distintos organismos en los que se proponía efectuar los arreglos y en los que se determinaban que las observaciones técnicas no ameritaban la desocupación de la vivienda.-

DESPROPORCIONALIDAD

A su vez, existe una desproporcionalidad en la utilización del derecho penal, persiguiendo como único fin la restitución de un bien inmueble, mediante un proceso expedito y rápido, en contraposición a la afectación de derechos fundamentales; como así también una mala utilización del mismo toda vez que, en vez de investigar la criminalización de los actos, una vez lograda la restitución del inmueble, las causas se archivan.-

Esta situación se puede ver claramente -a modo de ejemplo- en la causa N° 8.235/14 caratulada “N.N. y otros (Ortiz, Michelle y Buera, Angélica) s/ art. 181 bis del CP”, en la que la familia afectada tenía graves problemas, entre ellos un niño con discapacidad, situación que generó que en la primera instancia el Juez ordenara el desalojo, supeditado a que el fiscal informe la solución ofrecida a la familia teniendo en cuenta la especial situación de salud del niño, luego la Cámara ordenó el desalojo sin que se haya brindado una respuesta definitiva y acorde a los derechos sociales que amparaban a la familia, y una vez desalojado el inmueble, la causa fue archivada por desistimiento de la acción del fiscal.-

La afectación del debido proceso, pone en un nivel de desigualdad a las partes e implica una desproporción en la tutela del bien jurídico protegido (propiedad) con relación a los otros derechos fundamentales vulnerados (garantías del debido proceso y los derechos sociales de los afectados).-

ESTADO DE NECESIDAD

²³ Folleto informativo N° 25 (2014) pág.2

Desde el punto de vista jurídico,²⁴ “estado de necesidad” sería cuando resulta inevitable la afectación de un bien jurídico protegido de un tercero, a fin de proteger sus propios bienes -también tutelados por el derecho-, que se ven afectados por un peligro actual o inminente.-

José Cerezo Mir define el estado de necesidad como “la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber”.

Por su parte, Zafaroni, Alagia y Slokar sostienen que “la situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc.,...”²⁵

Si bien existen multiplicidad de teorías –según el autor que invoquemos- con relación a esta situación jurídica, podemos destacar como sus requisitos:

- a) colisión de bienes jurídicamente protegidos,
- b) la inevitabilidad de la afectación, y
- c) la inmediatez del peligro.-

Por otra parte, cuando exista colisión entre bienes o derechos desiguales el Estado debe proteger el derecho superior o más valioso; por tanto, el que sacrifica un derecho menor para sacrificar otro de mayor importancia, no será castigado. Resulta clara la causa justificante por la afectación de un derecho de menor jerarquía ante la inminencia de peligro de afectación de otro mayor.-

Cabe destacar que en el delito de usurpación se dan 2 características especiales que son:

1. las personas afectadas (no el propietario) se encuentran atravesando un estado de vulnerabilidad social y emergencia habitacional y,
2. Los inmuebles involucrados se encuentran desocupados y en estado de abandono, en la mayoría de los casos se trata de inmuebles ociosos cuya estructura edilicia resulta sumamente precaria y en algunos casos cuentan con serio peligro de derrumbe.-

Las personas involucradas en un delito de usurpación, se encuentran por un lado afectadas a un proceso penal, con la amenaza de perder su libertad si no abandonan el inmueble y por el otro con la problemática de quedarse en la calle.-

COLISIÓN DE DERECHOS

Esta situación pone de resalto la colisión de derechos y conflicto de intereses, que hacen que la usurpación no debiera ser tratada como un simple delito penal sino que debería tenerse en consideración el contexto y estado de necesidad que llevó a esas personas a estar involucrados en la presunta comisión de un delito.

Como una primera aproximación podemos decir que la situación de emergencia habitacional es generadora del estado de necesidad, ello dado que para que se produzca la usurpación, primero hay una desatención del estado y una falta de política habitacional acorde a lo que propician las normas constitucionales.

Cabe concluir que, en las usurpaciones estamos en presencia de la colisión del derecho de propiedad con el derecho a la vivienda digna, ambos protegidos constitucionalmente; y la afectación del derecho de propiedad resulta inevitable ante la situación de emergencia habitacional de los actores -que de otro modo estarían en situación de calle- y dicho peligro no sólo es inminente sino que es un peligro actual y continuo.-

Con lo expuesto, queda demostrado que se dan los elementos del estado de necesidad en la configuración del delito de usurpación.-

²⁴ Cerezo Mir José (2008)

²⁵ Zaffaroni, Alagia, Slokar (2005) pág. 633

RESPUESTA ESTATAL. DESIGUALDAD. EXIGIBILIDAD. GRUPOS AFECTADOS:

En la usurpación, además de la afectación del debido proceso legal, existe una colisión de derechos, de la que se derivan diversas problemáticas- Por un lado, está la afectación del derecho de propiedad de quien impulsa la acción y en contraposición a este, están los derechos humanos de las personas involucradas, y la omisión del estado de garantizar los derechos de éstos -que es generadora del estado de necesidad-.

Con relación a la colisión de derechos, cabe mencionar que si bien resulta incuestionable el derecho de propiedad, cuya exigibilidad está garantizada no sólo a través del proceso de usurpación, sino que también puede iniciarse una acción civil, no sucede igual con los derechos fundamentales afectados como el derecho a la vivienda digna.

Esto toda vez que no se regula –en el proceso en análisis- la exigibilidad al Estado del cumplimiento de las obligaciones asumidas -a través de la suscripción de los tratados internacionales y establecidas en las normas locales- respecto de las personas que no puedan proveerse por sus propios medios de recursos para acceder a una vivienda digna.-

Aquí también podemos ver la desigualdad, ante la que se encuentran las personas involucradas en un proceso de usurpación, toda vez que al tener la amenaza latente de la privación de su libertad, resulta muy difícil poder escindir ese riesgo de la exigibilidad de sus derechos fundamentales. A este contexto se suma la problemática referida a la exigibilidad de derechos, toda vez que para poder exigir el cumplimiento de un derecho, primero debemos conocerlo; por lo cual esta problemática se vincula directamente con los grupos afectados, que son grupos minoritarios²⁶ afectados por una situación de vulnerabilidad social.-

Las normas mencionadas nos muestran que la usurpación configura un delito penal. Sin embargo, el origen de dicho “delito” se debe a una omisión previa del Estado, toda vez que las personas afectadas se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad y emergencia habitacional que, de no ser por haber ocupado ese inmueble, se encontrarían en la calle.-

Por ello, no es menor la situación de desigualdad de las partes ante dicho proceso, toda vez que la situación de vulnerabilidad de una de las partes agrava aún más la posibilidad de poder exigir al estado el cumplimiento de sus derechos.-

La situación ya descrita con relación a las familias afectadas en un plano de inferioridad con relación a la exigibilidad de sus derechos fundamentales. Ello toda vez que, ante la amenaza latente de la privación de la libertad, pareciera que la problemática más importante es tratar de evitar las consecuencias de la causa penal y para esto la única solución es abandonar el inmueble.

En ese sentido cumple un papel fundamental la actuación del Ministerio Público de la Defensa, para asistir en la defensa tanto en la causa penal – como de los derechos sociales.-

Ello, toda vez que, por un lado cuenta con un cuerpo de Defensores Oficiales / Públicos -que patrocinan gratuitamente a los grupos afectados- y por otra parte cuenta, en su organización administrativa, con distintas áreas técnicas que trabajan en colaboración con los Defensores en su estrategia de defensa y también en un gran desarrollo en lo que se refiere a la publicidad de derechos a las personas asistidas, como así también en gestión en los barrios y zonas más afectadas y vulnerables, como así también realizando las gestiones administrativas para una asistencia integral con relación a los programas sociales, facilitando a los afectados el acceso a la justicia y efectuando los reclamos en los casos pertinentes.

²⁶ “Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en mediana desproporcionada por la práctica de desalojos forzosos... Observación General 7. PUNTO 10.-

INSUFICIENCIA DE LA RESPUESTA DEL ESTADO. DESPROPORCIONALIDAD EN LA DISPOSICIÓN DE RECURSOS.-

La falta de respuesta del estado ante estas situaciones incumpliendo con los protocolos establecidos se ve desde el tema de vivienda hasta la falta de recursos que ponen a disposición de los afectados para cumplir con su obligación de que las personas no queden en situación de calle y la amplia, hasta exagerada, disposición de recursos que ponen en marcha para que no se frustre el procedimiento de restitución.-

Con relación al derecho a una vivienda digna, la respuesta del Estado local es la incorporación – en los casos que se cumplimenten los requisitos previstos en la normativa- al Programa por el cual se otorga un subsidio habitacional que consta del pago de 12 cuotas de entre \$1200 y \$4000 y, para las personas que no cuenten con un lugar dónde mudarse al momento del desalojo, su respuesta es trasladarlos a un Parador.-

Lo expuesto surge claramente que es contrario tanto a la normativa local como internacional que han establecido que un Parador no cumple con los estándares mínimos correspondientes a la vivienda digna, y que el subsidio tampoco es la respuesta acorde a la vivienda definitiva.-

Esto muestra, además de una falta de política de estado en materia de vivienda, el desinterés por cumplir con las obligaciones que les competen.-

OBLIGACIONES DEL ESTADO

De diversos instrumentos internacionales surge el compromiso de los Estados de adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otra índole adecuadas para garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos.

Centrando la atención en el derecho a una vivienda adecuada y la búsqueda de evitar los desalojos forzosos, los Estados deben adoptar estrategias nacionales para hacer efectivo este derecho con la participación significativa de los diferentes grupos de la sociedad, en especial los comúnmente afectados por los desalojos forzosos.

Asimismo, cabe mencionar que en general se considera que una estrategia adecuada para evitar los futuros desalojos forzosos tiene que ver con tomar medidas tendientes a brindar seguridad en la tenencia, reducir la pobreza y facilitar el acceso a los medios de subsistencia.

Entre las obligaciones de hacer que tiene el Estado se pueden nombrar las leyes tendientes a proteger al inquilino de los abusos del dueño de la propiedad, como así también la conformación de Programas asistenciales.

Es necesario remarcar que en la Ciudad de Buenos Aires existen diversos programas con distintos objetos de asistencia en materia habitacional. Sin embargo, el bajo presupuesto que tienen, además de la subejecución de los mismos, y la inadecuación de los montos en relación con la realidad social, conllevan a que no sean una vía apropiada a fin de buscar resguardar el cumplimiento del derecho a una vivienda adecuada.

Por otro lado, es dable destacar la obligación del Estado de no tomar medidas que vulneren derechos.

“Si bien el cumplimiento de algunas obligaciones podría requerir recursos financieros y tiempo, otras son de efecto inmediato y no requieren recursos. Ello incluye abstenerse de desalojar a personas por la fuerza. En este contexto, los Estados deben proporcionar a todos, independientemente del tipo de tenencia, un grado de seguridad de la tenencia suficiente para garantizar la protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas de manera no discriminatoria”²⁷

En esta instancia es necesario recordar el principio de progresividad y no regresividad en materia de Derechos Humanos y DESC. Estos están reconocidos en el artículo 26 de la Convención Americana

²⁷ Folleto informativo N° 25 (2014) pág. 23.

sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El primero establece que *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”*.

El segundo: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*.

El principio de no regresividad es por oposición a las obligaciones antes descriptas. Con esto quiero decir que si Estado tiene la obligación de tomar medidas tendientes a que los habitantes de su territorio progresivamente vayan ejerciendo sus derechos plenamente, es evidente que no pueden tomar medidas que traigan aparejado el efecto contrario.

Por ello entiendo, que el Estado para justificar cualquier desalojo, tiene la obligación que todos los que se vean afectados por esa medida, por lo menos, no van a estar en peores condiciones.

“La obligación de proteger los derechos requiere que los Estados adopten medidas para velar por que terceros —empresas o particulares— no priven a las personas del acceso a los mismos. En esta dimensión de la obligación se enfatiza el deber estatal de actuar para prevenir, evitar, reparar o castigar las interferencias indebidas de terceros en el goce de los derechos. Normalmente, la obligación de proteger requiere que los Estados tomen medidas positivas para regular ciertas actividades; inspeccionar o monitorear su cumplimiento, y aplicar sanciones u otras medidas a quienes interfieren en el goce de un derecho. Por ejemplo, la obligación estatal de proteger resulta aplicable ante las deficiencias en el cumplimiento del derecho a la educación y el derecho a la salud que ocurren en la esfera privada, tales como: la discriminación o la falla en el cumplimiento de ciertos requerimientos básicos; la protección contra desalojos forzosos llevados a cabo por personas o entes privados; etc.”²⁸

En esta instancia, me gustaría recordar que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, denominada HABITAT II, llevada a cabo en Estambul (Turquía) entre el 3 al 14 de junio de 1996, entre otras obligaciones, los Estado Parte se comprometieron a *“n) proteger a todas las personas contra los desalojamientos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas.”*

AFETCTACIÓN EN EL CUIDADO DE LOS BIENES DE LAS PERSONAS AFECTADAS

Otra de las cuestiones en las que, se puede ver la desproporcionalidad de los recursos dispuestos por el estado para garantizar el derecho de propiedad en contra posición con los derechos fundamentales es durante el procedimiento para efectuar el desalojo.

Esto se muestra claramente en el operativo policial y de seguridad dispuesto para que no se frustre la restitución del inmueble, con la intención también de amedrentar a las personas afectadas, con oposición a la respuesta insuficiente en materia de vivienda y la desatención y —hasta violación en algunos casos²⁹— con relación al traslado de los bienes personales de los afectados.-

²⁸ Antúnez (2017) pág. 483

²⁹ Causa 2287/14 caratulada “NN s/Inf. Art. 181 inc.1 CP” Mediante un procedimiento de desalojo judicial de un predio aldeaño a la villa 20, denominado “Papa Francisco”, se ingresó al lugar apurando a los habitantes a que saquen sus pertenencias y las que

Esta no es una cuestión menor, ya que como dijimos –estamos frente a grupos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad- por lo que además de encontrarse en la situación de no tener a dónde ubicarse o tener que reubicarse transitoriamente en algún lugar, frente a la pérdida de la vivienda, además se encuentran frente a la situación de tener que desprenderse de sus pertenencias, dado la imposibilidad –en muchas oportunidades- de poder trasladarlas con ellos, (Expediente N° 11092-01/16 caratulado “Incidente de apelación en autos ‘NN s/ art. 1472:73 Violar clausura por autoridad judicial o administrativa’”).-

Esta situación, en general conlleva a que las pertenencias sean trasladadas a depósitos, ofrecidos por los efectores del estado, en los que las cosas no son debidamente identificadas y resulta muy dificultoso luego su retiro, o que tengan que guardarlas en algún galpón, patio o lugar de guardado de algún familiar o amigo que pueda mantenerlo por algún tiempo. Esto provoca principalmente dos cuestiones 1) la falta de disponibilidad por parte de las familias de esas pertenencias de uso diario (que son indispensables para la vida cotidiana de cada familia) ya sea ropa, camas, juguetes o un secarropas, etc) y que es lo que con gran esfuerzo pudieron tener, y 2) el desgaste por las condiciones de guardado y falta de uso.-

Con lo expuesto, solo intento poner en análisis una cuestión más de las que suceden,, de gran importancia, cuando se desarrolla un procedimiento de desalojo, ya que si bien el derecho a vivienda es el principal derecho afectado, se ven también otras cuestiones también de gran importancia afectadas en este procedimiento, cuando no se observan los derechos correspondientes.-

INMUEBLES OCIOSOS

Otro de los temas que trae a colación referido a la propiedad, es la situación de los inmuebles ociosos y la falta de regulación del estado ante éstos. Esto toda vez que en la mayoría de los casos de las usurpaciones, no sólo el inmueble se encontraba desocupado y en estado de abandono al momento de la ocupación, sino que luego de producirse el desalojo continúa en estado abandonado, en muchos casos sin tomar ninguna medida al respecto por lo que es sujeto a una nueva ocupación y en otros limitándose a tapiar la entrada del mismo, pero manteniendo el estado de ociosidad en modo permanente sin que ello tenga costo alguno para el propietario en una ciudad tan altamente urbanizada como es la Ciudad de Buenos Aires.-

no podían retirar se les pasó por encima con una topadora, destruyendo todas las pertenencias personales de las personas afectadas.-

CONCLUSIÓN

De lo expuesto podemos concluir que el delito de usurpación en la Ciudad de Buenos Aires, contiene diferentes aristas que hacen que sea fácilmente cuestionable. Desde el plano procesal, por su controvertible regulación que implica la afectación del debido proceso y desde el plano de los derechos humanos, por la omisión e incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado con relación a los derechos fundamentales de los afectados.-

De lo expuesto, resulta claro que en materia de desalojos –por más legalmente desalojo sea- el proceso afecta diversos derechos humanos que no sólo no deben ser desatendidos por el Estado, sino que tiene la obligación –en función de los tratados internacionales suscriptos- de atenderlos hasta el máximo de disponibilidad de sus recursos.-

Por su parte, la colisión del derecho de propiedad con el derecho a la vivienda digna y las garantías del debido proceso adjetivo, muestran la desigualdad de las partes ante el proceso y la desproporcionalidad respecto de la tutela de un bien jurídico con relación a los otros derechos también de raigambre constitucional, y a mi entender de mayor tutela; especialmente teniendo en cuenta la emergencia en la que se encuentran los afectados. En este sentido, creo que esa desproporción se ve reflejada también en función del proceso cautelar urgente que se establece para restituir la propiedad y la desidia para garantizar los derechos sociales de las personas afectadas.

Esto resulta claro, toda vez que la respuesta que brinda el Estado ante una situación de desalojo dista mucho de cumplir con las obligaciones que le competen, por el contrario es una respuesta totalmente insuficiente y contraria a los parámetros constitucionales respecto del derecho de vivienda.-

Asimismo, se desnaturaliza el proceso penal toda vez que es utilizado como medio para obtener la restitución de un bien inmueble sin que se identifique si efectivamente se cometió el delito imputado, caso que queda demostrado cuando luego de obtener la restitución del mismo se procede al archivo de la causa sin investigar la criminalización del hecho.

La causa de la usurpación se vincula con una omisión previa por parte del Estado en garantizar a sus habitantes el derecho a la vivienda digna, razón por la cual esa emergencia habitacional configura un estado de necesidad que sería una causa de justificación para la comisión del delito que se imputa.

En este punto, si bien sería un gran avance contar con esta causa de justificación, lo cierto es que esto no resuelve el problema social que afecta el resto de los derechos afectados. Por lo cual esta justificación debiera complementarse con una regulación que establezca como parte del proceso la exigencia al Estado para que previo a llevar adelante un desalojo cumpla con su obligación de garantizar el derecho a la vivienda digna de los afectados.-

BIBLIOGRAFÍA

Normativa

- Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Código Penal de la Nación
- Código Procesal Penal de la Nación
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención sobre los Derechos del Niño

Fallos

- Expte. 8142/11 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. Art. 181, inc., 1 CP’”.-
- la causa N° 8.235/14 caratulada “N.N. y otros (Ortiz, Michelle y Buera, Angélica) s/ art. 181 bis del CP”
- Causa 2287/14 caratulada “NN s/Inf. Art. 181 inc.1 CP”

- Expediente N° 11092-01/16 caratulado “Incidente de apelación en autos ‘NN s/ art. 1472:73 Violar clausura por autoridad judicial o administrativa”

Doctrina

- Dictamen Legal “Sobre las obligaciones fijadas por el derecho internacional de los derechos humanos en el marco del procedimiento de desalojos”. Víctor Abramovich. Julieta Rossi, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Feb 2012.-
- Cerezo Mir José; Derecho Penal Parte General, Ed: BdF, Buenos Aires, 2008.-
- Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia A, Slokar A. Derecho Penal Parte General, Ed, EDIAR, Buenos Aires, 2005, pág. 633.-
- ONU Hábitat, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas “Folleto Informativo sobre los derechos humanos N25: Desalojos Forzosos. 2014
- ONU Hábitat, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas “Folleto Informativo sobre los derechos humanos N21: El derecho a una vivienda adecuada 2010
- PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado A/HRC/4/18
- Resolución 2005/25 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU “La igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada”
- PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari. 2008
- Antúñez, Dalile. “Presupuesto y derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N11 “Derechos Humanos y Restricciones Financieras”(2017)
- Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo (E/CN.4/Sub.2/1997/7, anexo);
- Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (E/CN.4/1998/53/Add.2);
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General);
- Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo (A/HRC/4/18, anexo I).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, denominada HABITAT II, llevada a cabo en Estambul (Turquía) entre el 3 al 14 de junio de 1996

ISBN 978-987-4415-46-2

