

LA USURPACIÓN PACÍFICA DE INMUEBLES

Nuria Mirapeix Lacasa

TESIS DOCTORAL UPF/2015

DIRECTORES DE LA TESIS

Dr. David Felip i Saborit (Departamento de Derecho)
Dra. Mariona Llobet Anglí (Departamento de Derecho)

A mi madre, Amaya Lacasa Olarte.

A mi padre, Ramir Mirapeix Turc.

Y, a mis hermanas, Mireia y Graciela.

Agradecimientos.

Cuando miro atrás en el tiempo y me retrotraigo al momento en el que decidí iniciar este proyecto de investigación, además de adquirir consciencia de la magnitud del camino recorrido, me doy cuenta de que, a lo largo del mismo, nunca he estado sola. Ha habido personas que me han acompañado en todo momento y, sin cuyo apoyo, dudo mucho que hubiera podido finalizar esta empresa. Otras, me han brindado su ayuda en momentos puntuales, permitiéndome superar obstáculos que me parecían insalvables. Entre ellas, hay una a la que éste agradecimiento llega tarde, pero, con su mención, pretendo inmortalizar su recuerdo.

En primer lugar, sin duda, quiero transmitir mi reconocimiento a mis directores de tesis, el Doctor David Felip i Saborit y la Doctora Mariona Llobet Anglí. Con su profesionalidad, constancia y humanidad, no sólo han hecho posible el nacimiento, el crecimiento y la finalización de este trabajo, sino que también han despertado y alimentado mi espíritu investigador.

Asimismo, deseo expresar mi gratitud a mi madre, Amaya Lacasa Olarte, sin cuyo apoyo, sacrificio y ejemplo, estoy segura de no haber podido acabar este proyecto. También a mi padre, Ramir Mirapeix Turc, cuyo modelo me ha inspirado en momentos próximos a la rendición. A mi esposo, Paulo Alexandre Carvalho Ferreira Alves, por su inmensa paciencia y su ayuda técnica. A nuestro hijo Alexandre, por su ilimitado interés por aprender, por su increíble capacidad de escuchar y por su comprensión. A nuestra hija Amaya, por la fuerza de su cariño y de su alegría.

También quiero manifestar mi agradecimiento al Doctor Joan Baucells i Lladós y a su esposa Laura, por brindarme su ayuda y por infundirme ánimos en tantas ocasiones.

Por último, deseo hacer constar mi reconocimiento a Martín De Pedro, compañero de profesión, pero sobretodo gran amigo. Fue él quien me motivó a iniciar esta empresa y siento profundamente que ya no esté para verla acabada.

Resumen.

En el presente trabajo de investigación, se realiza el análisis jurídico de la denominada “usurpación pacífica de inmuebles”. Para llevar a cabo un estudio global de la cuestión, se realiza un examen tanto sustantivo como procesal de la misma, en la medida en que la comprensión total de la materia objeto de investigación impide escindir ambas facetas del derecho penal. El estudio se estructura en dos partes. En la primera, se aborda la descripción del delito descrito en el art. 245.2 CP, llegándose a la conclusión, a partir del bien jurídico, que quedan fuera del tipo los arrendamientos de inmuebles, los supuestos de precario, los usos esporádicos y las ocupaciones de inmuebles abandonados. A continuación, se refieren las eximentes que podrían ser de aplicación en relación a ciertos supuestos típicos de ocupación de inmuebles y se constata que el estado de necesidad es el que ofrece mayores posibilidades. En la segunda parte, se expone cuáles son los mecanismos de autotutela y de heterotutela de la posesión civil, con especial consideración del proceso penal, quedando de manifiesto la indebida instrumentalización de tal mecanismo al servicio del desalojo de los ocupantes.

Abstract.

This investigation is intended as a legal analysis of the so-called “peaceful usurpation of property”. To conduct a comprehensive analysis of the issue, it was considered necessary to perform a substantive and procedural review of it, as a full comprehension of the matter under investigation excludes the possibility of separating these two aspects of criminal law. The investigation is divided into two parts. Firstly, we address the description from criminal offense in article 245.2 CP, which leads to the conclusion from the legal interest protected, that rents, tolerated occupations, sporadic uses and abandoned properties are excluded of the criminal offense. Following this we review the possible circumstances for exemptions which could be used in relation to certain abstract cases of occupation of properties and it is found that the most alleged and applied between them is the necessity. Secondly, we present the mechanisms of civil possession protection, with special attention to the criminal process, which shows the undue use of such a mechanism for occupants eviction.

Prólogo.

Este trabajo está dirigido a los juristas y demás operadores del derecho. En este sentido, en primer lugar, intenta llamar la atención al legislador sobre la pluralidad legislativa existente en esta materia. Así, se pretende posibilitar que de *lege ferenda* se eliminen las contradicciones actuales entre los ordenamientos civil, penal y administrativo en relación al tema tratado y se aboga por una solución sistemática, en aras a la conservación del principio de seguridad jurídica y la garantía de separación de los poderes legislativo y judicial.

En segundo término está dirigido tanto a los tribunales inferiores, para posibilitar la adecuación de las medidas instructoras y las resoluciones a los criterios interpretativos jurisprudenciales delimitadores del tipo, como a las Audiencias, en su función de configurar criterios unánimes y plenos, dentro del principio de legalidad, que garanticen la preciada seguridad jurídica. Por último, pretende servir de herramienta a los abogados, para que conduzcan las causas que se les planteen a la jurisdicción competente, y puedan defender sus intereses en el marco de un procedimiento en el que se enjuicie la conducta penada en el art. 245.2 CP.

Para hacer posible todo lo anterior, se ha considerado imprescindible realizar un estudio sustantivo-procesal del tema. Ello ha sido así, en la medida en que parece impensable, por ejemplo, la articulación de una defensa coherente en el marco de un proceso penal, sin conocer el ámbito de aplicación del tipo implicado o cuál es el bien jurídico protegido por el mismo. Llegados a este punto, una vez expuesto el objetivo del trabajo, solo queda invitar a que se valore si el mismo se ha cumplido.

INDICE

<i>Resumen.</i>	
<i>Prólogo.</i>	
<i>Abreviaturas.</i>	7
<i>Presentación.</i>	9
PRIMERA PARTE: DELITO DESCRITO EN EL ART. 245.2 CP.	16
CAPÍTULO PRIMERO: ANÁLISIS DEL TIPO DEL ART. 245.2 CP.	16
I. El bien jurídico protegido por el tipo del art. 245.2 CP.	16
<i>I.1. Posturas doctrinales y jurisprudenciales.</i>	17
<i>I.1.A. La propiedad como bien jurídico protegido por el tipo.</i>	17
<i>I.1.B. El patrimonio como bien jurídico protegido por el tipo.</i>	18
<i>I.1.C. La posesión como bien jurídico protegido por el tipo.</i>	20
<i>I.1.C.a. La posesión material como bien jurídico protegido por el tipo.</i>	21
<i>I.1.C.b. La posesión civil como bien jurídico protegido por el tipo.</i>	24
<i>I.2. Toma de postura.</i>	25
<i>I.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.</i>	29
<i>I.3.A. Exclusión del ámbito de aplicación del tipo de los arrendamientos de inmuebles y de los supuestos de precario.</i>	32
<i>I.3.B. La exclusión de los usos esporádicos del ámbito de aplicación del tipo.</i>	34
<i>I.3.B.a. Contenido de la expresión “uso esporádico”.</i>	34
<i>I.3.B.b. Postura doctrinal y jurisprudencial.</i>	35
<i>I.3.C. La exclusión del ámbito de aplicación del tipo de la ocupación de inmuebles abandonados.</i>	37
<i>I.3.C.a. Postura doctrinal y jurisprudencial.</i>	37
<i>I.1.C.b. Toma de postura</i>	39
<i>I.3.D. Conclusión.</i>	42
II. Características del tipo y objeto material.	44
<i>II.1. Concepto de inmueble</i>	46
<i>II.2. Significado de “ajeno”.</i>	49
<i>II.3. Elemento negativo del tipo: “(..) que no constituyan morada”.</i>	50
<i>II.3.A. El concepto de morada en el art. 202 CP.</i>	51
<i>II.3.B. La casa habitada en el art. 241.1 CP.</i>	52
<i>II.3.C. La morada en el art. 20.4. CP.</i>	53

<i>II.3.D. La interpretación del término “morada” en función del bien jurídico protegido.</i>	53
<i>II.3.E. Conclusión.</i>	54
<i>II.4. Conclusión del epígrafe.</i>	56
III. Las modalidades típicas.	56
<i>III.1. Ocupar sin autorización debida.</i>	56
<i>III.1.A. Introducción.</i>	56
<i>III.1.B. Toma de postura.</i>	56
<i>III.1.C. Posturas doctrinales y jurisprudenciales.</i>	60
<i>III.1.C.a. La caracterización del tipo objetivo a través de elementos subjetivos.</i>	60
• <i>El ánimo de apropiación.</i>	60
• <i>La voluntad de permanencia.</i>	61
• <i>El ánimo de lucro.</i>	63
• <i>Tomar posesión con ánimo de habitar el inmueble.</i>	66
<i>III.1.C.b. Postura doctrinal y jurisprudencial que integra la primera modalidad típica del delito estudiado en base a elementos puramente objetivos.</i>	66
• <i>La obtención de una utilidad económica por parte del autor y la “consiguiente” causación de un perjuicio patrimonial.</i>	67
<i>III.1.C.c. Conclusión.</i>	71
<i>III.1.D. Breve análisis de la expresión: “sin autorización debida”.</i>	71
<i>III.2. Mantenerse en la usurpación, contra el consentimiento del titular.</i>	72
<i>III.2.A. Análisis del término “mantenerse”.</i>	72
<i>III.2.B. Análisis de la expresión “contra la voluntad del titular”.</i>	73
<i>III.2.B.a. Toma de postura.</i>	74
<i>III.2.B.b. Interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales.</i>	75
<i>III.2.B.c. Consumación de la conducta.</i>	79
<i>III.3. Aplicación alternativa de ambas conductas.</i>	81
<i>III.3.A. Postura jurisprudencial.</i>	81
<i>III.3.B. Postura propia.</i>	82
<i>III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.</i>	84
IV. El tipo subjetivo.	87
<i>IV.1. El dolo.</i>	87
<i>IV.1.A. El dolo respecto de la primera modalidad típica.</i>	88
<i>IV.1.B. El dolo en la segunda conducta típica.</i>	90
<i>IV.2. El Error.</i>	90

V. Autoría y participación.....	93
V.1. Introducción.....	93
V.2. Ocupar un inmueble, vivienda o edificio ajeno, sin el consentimiento del propietario. ..	93
V.3. Mantenerse en la ocupación contra el consentimiento del propietario.	96
VI. Sujetos Pasivos	97
VII. Concursos.....	98
VIII. Delimitación con otras figuras delictivas afines.	100
VIII.1. La ocupación violenta de inmuebles.	100
VIII.2. El Allanamiento de morada.	104
CAPÍTULO SEGUNDO: LAS EXIMENTES.	104
I. Las ocupaciones realizadas por necesidad.....	107
<i>I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.</i>	<i>107</i>
<i>I.2. La necesidad real de vivienda. El estado de necesidad.</i>	<i>114</i>
<i>I.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP.</i>	<i>115</i>
<i>I.2.A.a. Situación de necesidad. Existencia de un mal inminente.</i>	<i>117</i>
<i>I.2.A.b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.</i>	<i>119</i>
<i>I.2.A.c. Subsidiariedad.</i>	<i>122</i>
<i>I.2.A.d. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el propio sujeto.</i>	<i>122</i>
<i>I.2.B. Análisis de la casuística jurisprudencial.</i>	<i>123</i>
<i>I.2.B.a. Eximente completa, incompleta y atenuante analógica.</i>	<i>123</i>
<i>I.2.B.b. Apreciación de la eximente por la jurisprudencia.</i>	<i>125</i>
<i>I.2.C. Conclusión y toma de postura.....</i>	<i>128</i>
<i>I.2.C.a. Crítica a la jurisprudencia.</i>	<i>128</i>
<i>I.2.C.b. Estado de necesidad defensivo.</i>	<i>130</i>
<i>I.3. El miedo insuperable (art 20.6 CP).</i>	<i>136</i>
II. Las usurpaciones por motivos ideológicos.	138
<i>II.1. El ejercicio del derecho a la libertad ideológica y religiosa.....</i>	<i>139</i>
<i>II.1.A. Toma de postura.</i>	<i>145</i>
<i>II.2. La inimputabilidad.</i>	<i>149</i>
<i>II.3. La inexigibilidad, la exclusión de la responsabilidad y categorías afines.</i>	<i>151</i>
III. Conclusión y toma de postura.	152
IV. La conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición.....	153
V. La agravante reincidencia.	157
SEGUNDA PARTE: TUTELA DE LA POSESIÓN CIVIL.	159

CAPÍTULO PRIMERO: LOS MECANISMOS DE AUTOTUTELA Y HETEROTUTELA DE LA POSESIÓN CIVIL	160
I. La constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador	160
<i>I.1. La relación entre morada y domicilio.</i>	<i>161</i>
<i>I.2. Circunstancias fácticas en las que el inmueble usurpado se constituye en morada de los usurpadores.</i>	<i>163</i>
II. Mecanismos de autotutela.	165
<i>II.1. Las exenciones que pueden afectar a la conducta del titular del inmueble.</i>	<i>165</i>
<i>II.1.A. La legítima defensa.</i>	<i>166</i>
<i>II.1.A.a. La concurrencia de una agresión ilegítima.</i>	<i>167</i>
<i>II.1.A.b. La necesidad racional del medio empleado.</i>	<i>168</i>
<i>II.1.B. El ejercicio de un derecho</i>	<i>173</i>
<i>II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva.</i>	<i>174</i>
<i>II.3. Conclusión.</i>	<i>179</i>
III. La Heterotutela del derecho de posesión.	180
<i>III.1. La intervención policial.</i>	<i>180</i>
<i>III.1.A. Antes de la constitución de la morada.</i>	<i>181</i>
<i>III.1.A.a. Toma de postura.</i>	<i>181</i>
<i>III.1.B. Consecuencias jurídicas de la constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador.</i>	<i>183</i>
<i>III.1.B.a. La actuación policial.</i>	<i>183</i>
<i>III.1.B.b. El derecho a la inviolabilidad de domicilio en los casos de delito flagrante.</i>	<i>185</i>
<i>III.2. Mecanismos de heterotutela. La tutela judicial efectiva. Pluralidad de cauces judiciales en el tratamiento de los conflictos derivados de las usurpaciones pacíficas de inmuebles. ..</i>	<i>192</i>
<i>III.2.A. El proceso penal versus el proceso civil en relación a los conflictos generados por las ocupaciones de inmuebles.</i>	<i>193</i>
<i>III.2.B. Los mecanismos civiles de protección de la posesión.</i>	<i>197</i>
<i>III.2.B.a. Las acciones posesorias de carácter sumario.</i>	<i>199</i>
<i>III.2.B.b. Acciones de tutela de la posesión, ejercitables en procesos no estrictamente posesorios.</i>	<i>203</i>
• <i>El juicio verbal por precario.</i>	<i>203</i>
• <i>El juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos.</i>	<i>207</i>
• <i>La acción reivindicatoria.</i>	<i>208</i>
• <i>Proceso sumario dirigido a la demolición de una obra ruinoso.</i>	<i>210</i>
<i>III.2.B.c. Conclusión.</i>	<i>210</i>

<i>III.2.C. Derecho penal versus derecho administrativo.</i>	212
III.2.D. El derecho administrativo respecto de las usurpaciones de inmuebles.	214
<i>III.2.D.a. La ocupación de inmuebles en el derecho administrativo.</i>	214
<i>III.2.D.b. El derecho administrativo respecto de los inmuebles en estado de ruina.</i>	217
CAPÍTULO SEGUNDO: EL DERECHO PROCESAL PENAL RESPECTO DE LAS USURPACIONES DE INMUEBLES.	218
I. Cuestiones procesales previas.	219
<i>I.1. La normativa de reparto de los juzgados de instrucción y penales.</i>	219
<i>I.1.A. Repartición de asuntos entre los juzgados de instrucción.</i>	220
<i>I.1.B. Juzgados penales.</i>	222
<i>I.2. Las partes en el procedimiento penal.</i>	223
<i>I.2.A. Las partes acusadoras.</i>	223
<i>I.2.A.a. El Ministerio Fiscal.</i>	223
<i>I.2.A.b. El acusador popular.</i>	223
<i>I.2.A.c. El acusador particular.</i>	224
<i>I.2.B. Las partes acusadas.</i>	225
<i>I.2.B.a. El imputado.</i>	225
<i>I.3. El objeto del proceso penal.</i>	226
<i>I.4. La acción civil en el procedimiento penal.</i>	228
<i>I.5. La clase de procedimiento apropiado al tipo de usurpación pacífica de inmuebles.</i>	229
<i>I.5.A. El procedimiento abreviado.</i>	229
<i>I.5.B. Casos singulares: el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.</i>	230
<i>I.5.C. El procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.</i>	234
II. Desarrollo del procedimiento abreviado.	236
<i>II.1. El inicio del procedimiento.</i>	237
<i>II.2. La fase de instrucción. Las diligencias previas.</i>	239
<i>II.2.A. Identificación de los autores.</i>	239
<i>II.2.A.a. La figura de los “ignorados ocupantes”.</i>	243
<i>II.2.A.b. Conclusión.</i>	246
<i>II.2.B. La averiguación de los hechos.</i>	248
<i>II.2.C. Las medidas cautelares y medidas restrictivas de derechos no cautelares.</i>	252
<i>II.2.C.a. Finalidades, presupuestos y características de las medidas cautelares.</i>	256
<i>II.2.C.b. Las medidas cautelares que pueden adoptarse en un procedimiento penal por usurpación de inmuebles.</i>	258

• <i>El desalojo cautelar como medida civil.</i>	258
• <i>El desalojo cautelar como medida penal.</i>	263
• <i>Conclusión.</i>	266
• <i>La fianza.</i>	266
<i>II.2.C.c. Medidas restrictivas de derechos “no cautelares”.</i>	269
• <i>La citación.</i>	269
• <i>La detención.</i>	271
• <i>La medida de entrada en el inmueble usurpado.</i>	273
<i>II.2.D. Conclusión de la instrucción.</i>	274
<i>II.2.E. Valoración de la fase de instrucción del procedimiento abreviado, en los casos de usurpación pacífica de inmuebles.</i>	274
<i>II.3. La fase intermedia.</i>	276
<i>II.3.A. El sobreseimiento.</i>	277
<i>II.3.A.a. El sobreseimiento total y el sobreseimiento parcial.</i>	278
<i>II.3.A.b. El sobreseimiento libre.</i>	279
<i>II.3.B. Calificaciones provisionales. Escritos de acusación y de defensa.</i>	280
<i>II.3.B.a. Escrito de acusación.</i>	280
<i>II.3.B.b. El escrito de defensa.</i>	281
<i>II.3.B.c. Comentario valorativo.</i>	282
<i>II.4. El juicio oral.</i>	282
<i>II.4.A. La conformidad.</i>	283
<i>II.4.B. La celebración del juicio oral.</i>	285
<i>II.4.B.a. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas.</i>	285
<i>II.4.B.b. El procedimiento probatorio.</i>	287
<i>II.5. Los recursos que pueden proponerse contra las sentencias dimanantes de un procedimiento por usurpación pacífica de inmuebles.</i>	292
<i>II.6. Efectos del proceso. La cosa juzgada.</i>	294
<i>II.7. La ejecución de la sentencia.</i>	296
<i>II.8. Valoración.</i>	296
CONCLUSIONES.	299
BIBLIOGRAFIA.	315

Abreviaturas.

AAVV: Autores varios.

AAP: Auto Audiencia Provincial.

ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

ATC: Auto Tribunal Constitucional.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CCCat: Codi Civil de Catalunya.

CE: Constitución Española.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

(col.): Colaborador.

(coord.): Coordinador.

CP: Código Penal.

CP₇₃: Código penal de 1973.

(dir.): Director.

DO: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DRAE: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

Nº: Número.

SAN: Sentencia Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

SJP: Sentencia Juzgado Penal.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

Vol: Volumen.

Presentación.

Es indiscutible el poder que tienen los medios de comunicación en relación a la configuración de la opinión pública¹. Cuando un hecho es noticia en los *mass media*, de inmediato se eleva a la categoría de “relevante” para el común de la sociedad. Un fenómeno que hasta el momento había podido pasar desapercibido, de pronto cobra importancia y despliega un abanico de debates y discusiones.

Tal ha sido el caso del fenómeno denominado “okupa”. En los últimos años hemos sido testigos de una proliferación de las noticias referentes al hecho “okupa” y a los conflictos que genera². A través de los medios de comunicación, nos han sido reveladas

¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 28-29, manifiesta a propósito de los medios de comunicación que “(...) por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la ‘sociedad de la información’ y en el marco de una concepción del mundo como *aldea global*, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar en algunas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”. También GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, p. 137, expone que el “complejo del delito de la modernidad tardía” se caracteriza, entre otras cuestiones, por el hecho de que una conciencia del delito está institucionalizada en los medios de comunicación, en la cultura popular y en el ambiente urbano.

² PAGÉS, J., “Ocupación de Banesto”, *La Vanguardia*, 01/10/10. El artículo se refiere a la usurpación de la sede deshabitada de “Banesto”, sita en la plaza Cataluña de Barcelona el día de la huelga general que se convocó en toda España el 29 de septiembre de 2010. Los hechos descritos merecen especial atención porque, al ser muy difundidos por los medios de comunicación, influyeron de forma notable en la opinión pública. La actuación de los *Mossos de Escudra* ante los hechos, aunque acorde con el mandamiento judicial, fue calificada de pasiva por los *mass media* y altamente criticada desde todos los sectores políticos. Desde este suceso Barcelona fue señalada como la patria de los “okupas”, se la acusó de excesiva permisibilidad y fue colocada en el punto de mira de toda España; ANGULO, S., “Tolerancia cero”, *La Vanguardia*, 23/01/11. Las palabras que sirven de título al artículo reseñado se atribuyen al “Conseller de l’Interior”, Felip Puig. El reportaje describe un nuevo suceso emblemático que se produjo en Barcelona el 23 de enero de 2011. Con motivo de la manifestación de protesta contra la reforma de las pensiones, organizada por la CGT, un grupo de activistas ocupó el inmueble de los cines “Palacio del Cinema”, sito en Via Layetana, cerrado desde 2001 y sin ningún plan inmediato de destino por parte del propietario, el “Grup Balañá”. La ocupación efectiva se realizó con cinco días de antelación a las manifestaciones. La respuesta judicial y policial, frente a estos nuevos hechos, difirió enormemente de la que se había registrado para el caso “Banesto”. La presión de la opinión pública, alertada y conducida por los medios de comunicación, dio lugar a una rápida orden judicial de desalojo y a una contundente acción policial. Esta vez desde los *mass media* la actuación es ampliamente aplaudida. Todos los sectores políticos, exceptuando “Iniciativa per Catalunya-Verds”, alabaron el “fin de la impunidad para quienes piensan que ocupar propiedades privadas y alterar el orden público forma parte del paisaje de Barcelona y de Catalunya”. GARCÍA, J., “Evita la cárcel al admitir que estuvo en los disturbios de Can Vies”, 11/02/2015. El inicio del año 2015 ha sido testigo del desalojo del Centro Autogestionado Can Vies, de la acción directa de sus ocupantes y simpatizantes para la reconstrucción del inmueble y de las

la existencia y las actividades de este grupo social inconformista y antisistema que culmina sus protestas con la usurpación pacífica de inmuebles deshabitados³.

Usurpar un inmueble en el sentido del art. 245.2 CP significa tomar posesión del mismo sin el consentimiento de su propietario o utilizarlo contra su voluntad. La práctica de ocupar inmuebles para destinarlos a viviendas o centros sociales se halla estrechamente vinculada a la hegemonía del capitalismo. Debe contextualizarse con la existencia misma de la propiedad privada y las consecuentes desigualdades que ésta comporta respecto a las oportunidades de uso del espacio y del territorio en general. La emergencia de la ocupación de inmuebles y la articulación de este actuar como movimiento social está asociado al déficit de viviendas, especialmente en relación al colectivo de jóvenes, pero también se halla ligado a la necesidad de expresión contracultural y/o política⁴.

El movimiento “okupa” emerge en el siglo XX en relación a los procesos de protesta que se iniciaron en torno al “mayo francés” y que se extendieron a otros países. Francia se mantiene como epicentro de este clima de descontento, tanto estudiantil como de otros sectores sociales, que muestran su disgusto y su rechazo respecto del sistema social imperante. No obstante, será en otros países, aunque en el marco de este mismo

negociaciones de éstos con la alcaldía. Los medios de comunicación han retransmitido los hechos relacionados con el suceso reseñado y, en muchos casos, lo han hecho desde una perspectiva claramente subjetiva. En este sentido, la formulación del encabezamiento de la noticia reseñada (“Evita la cárcel al admitir que estuvo en los disturbios de Can Vies”) conduce al equívoco de entender que el juez en cuestión premió el haber participado de los altercados de Can Vies con una exclusión de la pena. En realidad el beneficio en cuestión probablemente derivó de un pacto de conformidad con la Fiscalía, por un reconocimiento de hechos. Lo anterior pudo tener por resultado una rebaja de la pena de prisión a una inferior a los dos años y ésta quedar suspendida por ser el primer delito del autor de los hechos.

³ COSTA, M., “Batalla campal entre policías y ‘okupas’ en Terrasa”, *El País*, 08/10/1996; NAVARRO, M., “Violencia ‘okupa’ en Gracia durante un desalojo”, *El Periódico*, 06/06/1997; FIGUEREDO, E., “La policía prevé desalojos violentos en las casas ocupadas por la PUA”, *El Mundo*, 06/02/1998; ASENS, J., “La democracia en estado de sitio”, *El País*, 07/05/2002; GARCÍA, J./ RÍOS, P., “Los ‘Mossos’ desalojan sin incidentes el recinto de Can Ricart tras doce días de ocupación”, *El País*, 14/12/2006; SABATÉ, C., “El desacord tripartit impedirà pactar reformes sobre la ‘okupació’”, *Avui*, 22/02/2007; MONTÓN, C., “Holanda prepara una Ley que prevé encarcelar a los okupas”, *La Vanguardia*, 29/08/2008; OBELEIRO, P., “La segunda caída de Atocha Alta. Las palas derriban uno de los enclaves de la resistencia antifranquista en la Coruña”, *El País*, 03/03/2010; ALBERT, M. J., “Caseros desde la cárcel”, *El País*, 19/02/2010; EFE., “Medio centenar de ‘okupas’ cortan la Ronda del Litoral durante media hora”, *El Mundo*, 25/02/2010; ANGULO, S., “Tolerancia cero”, *La Vanguardia*, 24/01/2011, (portada y páginas centrales); CONGOSTRINA, A. L., “Retirada la acusación de desorden público en el caso Can Vies”, *El País*, 28/01/2015; GARCÍA, J., “Can Vies critica la desproporción de las penas por altercados”, 04/02/2015; GARCÍA, J., “Evita la cárcel al admitir que estuvo en los disturbios de Can Vies”, 11/02/2015; CONGOSTRINA, A. L., “Can Vies precintado y ‘desprecintado’”, *El País*, 20/02/2015.

⁴ PRUJIT, H., en ADELL, R./MARTÍNEZ, M. (coords.), *Dónde están las llaves. El movimiento ocupa. Prácticas y contextos sociales*, pp. 36-37.

contexto, donde nazca el movimiento de la ocupación. Tienen en este sentido un papel primordial Holanda, Alemania, Italia y Dinamarca.

En España, el nacimiento del movimiento “okupa” se ha de situar en la década de los ochenta, desvinculado de los ciclos de protesta del “mayo francés”. No obstante, su emerger sí que coincide y se explica en relación a factores que también se han dado en otros países europeos. Así, en primer lugar, en nuestro país se da una situación estructural y general de falta de viviendas, sobre todo en relación a los jóvenes. Como en la mayoría de países, el Estado parte de una política inicial de cesión al sector mercantil y privado de la gestión del suelo y de la vivienda. Esto supone la renuncia a su responsabilidad con respecto a la gestión pública, a partir de la creación de políticas de acceso a la vivienda.

En segundo lugar, esta ausencia de un plan efectivo de previsión pública de vivienda coincide con un parque de inmuebles vacíos, deteriorados y en desuso. Ello es consecuencia de una estrategia consciente y organizada, creada por los procesos de especulación inmobiliaria y por planes caóticos de reordenación urbana.

En tercer lugar, no deja de tener importancia, sobre todo con respecto a la creación de centros sociales por parte del movimiento “okupa”, la falta de espacios públicos dirigidos a los jóvenes y las carencias del modelo de gestión pública de los espacios sociales ya existentes.

Por último, en el proceso de cohesión del movimiento incide la percepción por parte de, al menos, una parte de los jóvenes de las nuevas formas de exclusión social que genera la actual organización del sistema capitalista a escala global y local⁵.

Este tipo de usurpación de carácter ideológico-político, a la que nos venimos refiriendo, se inserta en el marco de lo que se conoce como “desobediencia civil”⁶. MIRÓ⁷

⁵ Este tema se desarrolla con amplitud en la obra inédita de CALLE, A., *Okupaciones. Un movimiento contra las desigualdades materiales y expresivas, passim*.

⁶ La expresión “desobediencia civil” fue acuñada por THOREAU, H. D., *On the duty of civil disobedience* (título original: *Civil disobedience. Resistance to civil government*), *passim*. Actualmente es entendida por la doctrina como “todo tipo de actos voluntarios e intencionales, realizados pública y abiertamente, que tienen como resultado la violación (al menos aparente) de alguna norma o disposición jurídica y que se llevan a cabo con el fin de modificar una determinada línea de acción política o de influir, con similar propósito, en la opinión pública”. La desobediencia es calificada como “civil” por su carácter político, que va más allá de intereses meramente privados. De la definición aportada en el párrafo precedente, se deducen los objetivos de esta figura. En primer lugar, incidir en la sociedad en general y captar adhesiones para poder denunciar abusos o injusticias. Y, en segundo término, apelar a la mayoría (social, política, parlamentaria,...) para que reconsidere ciertas decisiones o programas de actuación, y para que abra un debate público sobre sus objetivos e intenciones. De lo anterior se comprende que el carácter público y colectivo de los actos “desobedientes” es esencial en la configuración de esta figura. Los objetivos apuntados se articulan de la siguiente forma: se aprovecha la propia norma que se pretende

precisa, no obstante, que en estos casos debería hablarse más bien de “desobediencia social” y añade que este actuar reivindicativo no debe ser interpretado como una mera estrategia, sino como una forma de vivir de manera desobediente⁸. El “okupa” entiende que su lucha contra el orden imperante es legítima en la medida en que desde su perspectiva ataca un sistema que considera nefasto para el ser humano, en su dinámica y valores. Ello permite insertar el fenómeno “okupa” en el marco de la delincuencia por convicción⁹.

Junto a este tipo de usurpación de carácter político, existe otro tipo de ocupación que podría denominarse “ocupación por necesidad”, cuyo origen se remonta a la existencia misma de la propiedad privada y que agota su fundamento en la necesidad básica de un espacio donde vivir. Esta segunda clase de usurpación se ha desarrollado históricamente por núcleos familiares o grupos sociales que han sufrido en primera persona las desigualdades y diferentes formas de exclusión social y que hallan en la ocupación de inmuebles vacíos la única vía de acceso a una vivienda.

Durante las últimas décadas, el movimiento “okupa” ha eclipsado cualquier otro tipo de ocupación de inmuebles que no fuera de cariz político. No obstante, recientemente, han dejado de ser los “okupas” los que detentan el monopolio de las usurpaciones pacíficas de inmuebles. El actual periodo de crisis económica y la inmigración han generado una diversificación en la tipología de los sujetos que optan por la vía directa, a la hora

negar para demostrar que debe derogarse. La idea base es que si una norma deja de ser obedecida, deberá suprimirse por pura lógica. Se trata de desobedecer públicamente la norma, en este caso la que prohíbe ocupar inmuebles abandonados. Si no se aplica la misma, entonces perderá sentido su vigencia. Si se aplica, se aprovecharán las circunstancias para denunciar la represión derivada de la misma. De esta forma, la “desobediencia civil” pone en un delicado compromiso a los poderes que han creado la ley: si no castigan, la vigencia del precepto pierde su sentido. Si castigan y lo hacen con frecuencia, se demuestra que es necesaria la imposición del castigo para hacer cumplir la norma, por lo que ésta no ha sido socialmente aceptada si no que se trata de una imposición. Además, si la conducta tiene un escaso reproche social, la opinión pública no tardará en observar que la pena es desmedida y desproporcionada. En definitiva, la “desobediencia civil” consiste en aprovecharse del impulso represivo para acabar con la norma que lo fomenta.

⁷ En relación al tema “ocupación” *versus* “desobediencia civil”, es interesante el trabajo de MIRO, I., “Les ocupacions. De la desobediencia al contrapoder”, pp. 44-53.

⁸ A este respecto es ilustrativo un artículo publicado en un panfleto titulado “Okupación y Centros Sociales” editado por “Asamblea de okupas”. El artículo se encabeza con el término “*Desobeimti*” y a continuación expone: “Amb aquest acte es vol trencar amb la propietat privada com la base de l’escandalosa desigualtat que impera. Grans immobiliàries, bancs i constructores es reparteixen la ciutat cada cop més, trepen beneficis euromilionaris del pastís urbanístic mentre milers de persones estan al carrer, en pisos de mala mort, o ofegades per hipoteques. Recolçades i afavorides per l’Ajuntament que actua com a especulador públic i alhora es queden milers de locals buits. Amb els codis penals es criminalitza les okupacions per mantenir aquest estat de coses, i nosaltres continuem desobeïnt col·lectivament aquestes lleis injustes”.

⁹ Véase *infra* II.3. La inexigibilidad, la exclusión de la responsabilidad y categorías afines.

de resolver los problemas de acceso a una vivienda¹⁰. Ya sean motivadas por convicción o por pura necesidad, las usurpaciones pacíficas de inmuebles ponen de manifiesto uno de los problemas de mayor actualidad en nuestra sociedad: la vivienda¹¹.

Desde la promulgación del Código Penal de 1995, existen dos cauces judiciales para hacer frente a los conflictos generados por las usurpaciones pacíficas de inmuebles: el civil y el penal. Conforme a la legislación civil, el desalojo de las viviendas usurpadas se articula en función de los arts. 437-447 LEC, a través del juicio verbal por precario¹². Por su parte, el Código Penal establece una figura delictiva específica en su art. 245.2: “El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. En función de la literalidad de este precepto deberían resolverse por la vía penal todos los supuestos de ocupaciones pacíficas de inmuebles. No obstante, esta solución parece plantear problemas sistemáticos, dado que vaciaría de contenido la previsión civil y, además, como ha abogado parte de nuestra doctrina, podría colisionar con principios reconocidos constitucionalmente, como el principio de intervención mínima, en sus dimensiones de exclusiva protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad, y el principio de *ultima ratio* del derecho penal¹³.

Ya desde la novedosa implantación del tipo en el actual Código Penal, han existido voces, tanto en nuestra doctrina como en nuestros sistemas judicial y político, que han

¹⁰ ANGULO, S., “El problema de la vivienda en Cataluña. Los otros ocupas”, *La Vanguardia*, 25/11/2009. Según refiere el artículo reseñado, el *Departament de Medi Ambient i Habitatge* reconoce que “Adigsa” contaba con 79 pisos ocupados ilegalmente. Por su parte, con respecto a las viviendas que gestionaba el *Patronat Municipal de l’Habitatge*, el número de ocupaciones ascendía a 16. En ambos casos, la mayor parte de las mismas no se han realizado por miembros del movimiento “okupa”.

¹¹ Cabría cuestionarse la idoneidad del tipo del art. 245 CP para tratar estos nuevos casos de usurpación, dado que éste se introdujo en el Código Penal para solucionar los conflictos generados por el movimiento “okupa”.

¹² La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ha efectuado ciertos cambios en el proceso civil que lo han agilizado, teniendo como consecuencia, en relación al tema objeto de este estudio, una aceleración en los desalojos. En este sentido, la nueva Ley ha introducido un conjunto de instrumentos, encaminados a lograr un acortamiento “del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces”. Nacen así figuras como la de “los ignorados ocupantes”, de acierto jurisprudencial; el “desalojo preventivo” (art. 524 LEC), o “la petición de una caución económica” (art. 64.2 LEC) para que el usurpador adquiera el derecho a ser parte en el proceso, pueda presentar los recursos pertinentes y sea notificado de todas las actuaciones. A lo anterior se añade una “ejecución forzosa (arts. 524 y ss.), menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos” (exposición de motivos).

¹³ ASENS LLODRÁ, J., en ADELL, R./MARTÍNEZ, M. (coords.), *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: prácticas y contextos sociales*, pp. 293-339; BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 81-113.

solicitado su derogación¹⁴. No obstante, la conducta de usurpación pacífica de inmuebles sigue siendo típica y no ha sido planteada hasta nuestros días ninguna cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo que la prevé¹⁵. Así pues, puede afirmarse que la penalización de esta conducta se halla enmarcada dentro del fenómeno

¹⁴ COMISSIÓ DE DEFENSA DELS DRETS DE LA PERSONA DE L'IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA (Grup de treball sobre 'l'okupació'), "Informe por la despenalización de la 'okupación'. Análisis socio-jurídico sobre la necesidad de derogar el artículo 245 del Código Penal"; ASENS LLODRÀ, J., en ADELL, R./MARTÍNEZ, M. (coords.), *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: prácticas y contextos sociales*, pp. 293-339; BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el código Penal de 1995*, pp. 81-113; JUECES PARA LA DEMOCRACIA, "Jueces para la Democracia. XI Congreso JpD en Santander. Jueces y Política", p. 5; GRUPO PARLAMENTARIO MIXTO, "Toma en consideración de proposiciones de ley: 1. Para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada (orgánica)", pp. 9762-9763; GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA UNIDA, "Toma en consideración de proposiciones de ley. De modificación de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en relación a su art. 245.2", pp. 9762-9763; DEFENSOR DEL PUEBLO, "Informe anual de 1997".

¹⁵ En estos años la labor de la doctrina y de la denominada jurisprudencia menor ha tendido a la elaboración de una serie de criterios interpretativos no abrogativos del tipo, pero encaminados, al menos a primera vista, a la restricción del ámbito de aplicación del mismo. Hasta hace poco, respecto al delito en cuestión no existía verdadera jurisprudencia, pues los únicos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el mismo, no entraban realmente a analizar los elementos objetivo y subjetivo del tipo y se limitaban a pronunciamientos accesorios. Así, la STS 143/2011, de 2 de marzo (José Antonio Martín Pallín), que entiende la inexistencia de delito en el caso de la ocupación de una nave industrial en virtud de un título basado en tres contratos de cesión autorizados por quien no era el dueño y se erigió como tal. Y, la STS 1318/2004, de 15 de noviembre (Joaquín Delgado García), que también resuelve la atipicidad de la conducta del ayuntamiento que recupera un despoblado para usarlo como núcleo de turismo rural y posteriormente realiza las gestiones administrativas para regular la inscripción registral de las fincas afectadas. No obstante, recientemente, la STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón), examina el fondo de la cuestión y determina que: "La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida por el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio 'contra la voluntad de su titular', voluntad que deberá ser expresa. e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir, la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada". En esta última sentencia, el Tribunal Supremo determina que el bien jurídico protegido por el tipo es la posesión del propietario del inmueble. Esta es también la postura que aquí se asume y que se desarrolla *infra* I.2. Toma de postura y I.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.

de expansión del derecho penal que caracteriza el periodo legislativo actual a nivel mundial¹⁶. A este fenómeno se refiere SILVA SÁNCHEZ¹⁷. Este autor enumera una serie de causas que motivan el fenómeno de expansión del derecho penal en la modernidad tardía. Entre éstas, la sensación general de inseguridad (4º causa) y la tendencia a la identificación del individuo con la víctima del delito, en vez de con el autor (5ª causa) explican el porqué de la penalización de la ocupación pacífica de inmuebles.

Efectivamente, el momento en que se tipifican las conductas estudiadas -1995- es un periodo de gran auge del mercado inmobiliario. Una gran parte de la sociedad ha adquirido la propiedad de uno o varios inmuebles en las décadas de los 60 y 70, cuando aún no había subido el precio de los mismos. Otros se acogen a las opciones ofrecidas por las entidades bancarias. En cualquier caso, los inmuebles son considerados bienes de primera necesidad, pero también objeto de explotación, de especulación o parte de un programa de previsión del futuro de la generación venidera. De lo anterior se deriva que exista una mayoría social que es propietaria o prevé serlo. Además muchas personas tienen más de un inmueble. Ello ocasiona que se sientan identificados con la víctima y que les produzca inseguridad la proliferación de las conductas estudiadas. Es evidente que sólo el que algo tiene puede temer el verlo afectado.

¹⁶ En el marco de esta realidad, sorprende la postura de Portugal, en cuyo Código Penal únicamente se castiga la usurpación violenta de inmuebles y sólo cuando el procedimiento se insta por el ofendido. Así, el art. 215 del Código Penal de Portugal, bajo la rúbrica “Usurpação de coisa imóvel”, dispone: “1 *Quem, por meio de violência ou ameaça grave, invadir ou ocupar coisa imóvel alheia, com intenção de exercer direito de propriedade, posse, uso ou servidão não tutelados por lei, sentença ou acto administrativo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber em atenção ao meio utilizado.* 2 -A pena prevista no número anterior é aplicável a quem, pelos meios indicados no número anterior, desviar ou represar águas, sem que a isso tenha direito, com intenção de alcançar, para si ou para outra pessoa, benefício ilegítimo. 3 -O procedimento criminal depende de queixa”. (Usurpación de cosa inmueble: 1. Quien por medio de violencia o amenaza grave, invada u ocupe cosa inmueble ajena, con intención de ejercer derecho de propiedad, posesión, uso o servidumbre no tutelados por ley, sentencia o acto administrativo, es castigado con la pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa de hasta 240 días, si no hubiera pena más grave en atención al medio utilizado. 2. La pena prevista en el número anterior es aplicable a quien, por los medios indicados en el número anterior, desviara o se apropiara de aguas, sin que a eso tenga derecho, con intención de alcanzar, para sí o para otra persona, beneficio ilegítimo. 3. El procedimiento criminal se condiciona a la queja del ofendido). La no tipificación de la usurpación pacífica de inmueble en el derecho penal portugués, se explica con base en el hecho de que el movimiento “okupa” es escaso en este país. Por ello, las ocupaciones no son “noticia” en los medios de comunicación, lo que a su vez evita la consiguiente alarma social y su correlativa respuesta intervencionista. El caso de Portugal confirma el hecho de que la criminalización de la ocupación pacífica de inmuebles en otros países no es fruto de un verdadero reproche social, sino más bien de la alarma que suscita la proliferación del movimiento “okupa” y su vinculación con la violencia. En nuestro país, los medios de comunicación colaboran ampliamente en la difusión de una visión del movimiento “okupa” como un fenómeno generador de conflictos y en continua expansión.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 32 y 44.

Frente a lo expuesto respecto de la coyuntura anterior, en el actual periodo de crisis y de dificultad de acceso a la adquisición de inmuebles, tanto por la falta de liquidez general, como por las restricciones en la obtención de financiación bancaria, probablemente deja de ser tan evidente la identificación de la generalidad de la sociedad con la víctima del delito estudiado. No obstante, parece que la situación de inseguridad se mantiene y que sigue existiendo un sentimiento de ira contra el que accede “tan fácilmente” a una vivienda, a costa de quienes tantas dificultades pasan para adquirirla.

PRIMERA PARTE: DELITO DESCRITO EN EL ART. 245.2 CP.

Hecha esta introducción, en esta primera parte del trabajo se realiza un examen en profundidad del delito de usurpación pacífica de inmuebles. En este sentido, se emprende el análisis de las categorías del delito en relación al precepto estudiado. En el marco del juicio de tipicidad, se parte de la determinación del bien jurídico protegido, dado que éste es esencial a la hora de abordar otros aspectos del tipo. A continuación, y con base en el posicionamiento que se adopta en relación al bien jurídico, se configura el contenido del resto de elementos que, en su conjunto, determinan cuando concurre el tipo del art. 245.2 CP.

En un segundo estadio, en el marco de las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, se refieren y examinan las eximentes que tienen mayor incidencia en los casos de usurpación pacífica de inmuebles. Se ha optado por realizar una clasificación atendiendo a las dos clases de usurpación existentes¹⁸. Así, se recogen, por una parte, las eximentes que pueden tener relevancia en los supuestos de ocupaciones por necesidad y, por otra, aquellas que pueden tener incidencia en los casos de usurpaciones por motivos ideológicos.

CAPÍTULO PRIMERO: ANÁLISIS DEL TIPO DEL ART. 245.2 CP.

I. El bien jurídico protegido por el tipo del art. 245.2 CP.

El análisis del tipo de usurpación pacífica de inmuebles debe partir del bien jurídico protegido, ya que para nuestra doctrina y jurisprudencia, como se indicará a continuación, éste es determinante para la interpretación que han dado sobre el alcance del tipo. No obstante, no existe acuerdo doctrinal ni jurisprudencial sobre cuál es el bien

¹⁸ Véase *supra* Presentación.

jurídico protegido por el tipo estudiado. Se barajan como bienes jurídicos tanto la propiedad como la posesión. Ello supone un problema, dado que se trata de derechos dispares tanto desde un punto de vista conceptual, como por su diferente contenido. Debido a la elasticidad del “dominio”, la propiedad puede ser distinta de la posesión sobre un mismo bien, de igual modo que puede estar desgajado el uso y disfrute del inmueble respecto de la titularidad sobre el mismo (art. 582 CC).

1.1. Posturas doctrinales y jurisprudenciales.

A continuación se exponen cuáles son las diferentes soluciones que han dado doctrina y jurisprudencia a la cuestión del bien jurídico. Cómo se verá, en función de la interpretación que se acoja, se estará restringiendo o ampliando el ámbito de aplicación del tipo. Así, por ejemplo, si se considera que el bien jurídico protegido es la posesión material, deberán reputarse atípicas la ocupaciones de inmuebles en estado de abandono, respecto de los cuales el propietario ha hecho dejación de este derecho. Por otra parte, si el bien jurídico protegido es la propiedad, se producirá la situación inversa. Así, serán típicas las usurpaciones de inmuebles abandonados, en la medida en que tales ocupaciones representan un grave riesgo para la propiedad en virtud de la figura de la usucapión. En los párrafos que siguen, pues, se referirán las cuatro interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a cuál es el bien jurídico protegido y se expondrá qué consecuencias se derivan de cada una de ellas.

1.1.A. La propiedad como bien jurídico protegido por el tipo.

Como ya se ha expuesto, en el seno de nuestra doctrina se observa un desacuerdo en relación a cuál es el bien jurídico protegido por el tipo descrito en el art. 245.2 CP. Este desacuerdo se remonta al anterior Código Penal. En efecto, ya en ese contexto, parte de la doctrina sostuvo que en el Capítulo en el que se regulaba la usurpación se protegía la propiedad privada (art. 517 CP₇₃). De acuerdo con la rúbrica del Título XIII, “De los delitos contra la propiedad”, donde se hallaba inserto¹⁹.

También desde un sector minoritario de nuestra denominada jurisprudencia menor, hallamos sentencias en las que se entiende que el bien jurídico protegido es la propiedad²⁰. Esta postura doctrinal y jurisprudencial no parece adecuada, en la medida

¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, p. 369; FERNANDEZ APARICIO, J. M., “Comentario al artículo 245, párrafo 2º, del Código Penal”, pp. 1316-1319.

²⁰ SAP Zaragoza 76/1999, de 18 de febrero (Francisco Javier Cantero Ariztegui); SAP Girona 49/1999, de 5 de febrero (Fernando Lacaba Sánchez); SAP Zaragoza 451/1998, de 28 de octubre (Santiago Pérez Legasa). A la vista de las fechas de las sentencias reseñadas, parece que se trata de una línea interpretativa que ha sido abandonada por nuestra jurisprudencia a partir del año 2000. En la SAP Castellón 21/2001, de

que, en la actualidad, el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles se halla intensamente protegido a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, el derecho de dominio sobre un inmueble únicamente puede obtenerse a través de la posesión, en virtud de la figura civil de la usucapión. Esta institución exige que la posesión haya sido continuada en el tiempo durante treinta años, a título de dueño y sin que haya habido reclamación por parte del legítimo propietario durante el transcurso de este tiempo²¹. Lo anterior implica que el riesgo que puede suponer para el derecho de propiedad la usurpación pacífica de inmuebles es mínimo y, en este sentido, no parece necesaria la protección penal. De hecho, probablemente éste es el criterio del legislador, en la medida en que el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles no halla protección en ningún otro precepto del Código Penal.

En cualquier caso, de la adopción de esta postura podría derivarse la inclusión de los inmuebles abandonados en el ámbito de aplicación del tipo, en la medida en que la propiedad sobre estos bienes corre cierto riesgo con la usurpación, en virtud de la figura de la usucapión. Y, por el contrario, conllevaría la exclusión de los inmuebles deshabitados sobre los que existe un control por parte del titular del dominio, que evitaría la prescripción adquisitiva²². Por último, quedarían excluidos del alcance del tipo los usos esporádicos, por no suponer riesgo alguno para el derecho de propiedad.

1.1.B. El patrimonio como bien jurídico protegido por el tipo.

No obstante, ya en el marco del anterior Código Penal, ciertas voces en la doctrina objetaron que la propiedad fuera el bien jurídico protegido por los delitos comprendidos en el capítulo que regulaba la usurpación, y manifestaron que el tipo de usurpación lesionaba otros derechos reales, derivados del dominio, que también eran salvaguardados por otros tipos insertos bajo la misma rúbrica²³. A partir de la

23 de enero (José Luís Antón Blanco), la Audiencia no se manifiesta con claridad sobre si considera que el bien jurídico protegido es la propiedad o la posesión “civil”. Por su parte, la SAP Málaga 335/2013, de 12 de junio (Beatriz Sánchez Marín) y la SAP Madrid 862/2013, 26 de diciembre (María del Sagrario Herrero Enguita), defienden que el bien jurídico protegido por el tipo es la propiedad inmobiliaria.

²¹ En el caso de Cataluña se trata de un plazo de 20 años común para la usucapión ordinaria y para la extraordinaria (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña).

²² Parece que la línea jurisprudencial que asume esta interpretación no es consciente de las consecuencias materiales que conlleva la adopción de la misma.

²³ SALOM ESCRIVA, J. S., “Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales”, p. 45; BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Manual de derecho penal. Parte especial*, p. 187; PÉREZ MANZANO, M., en BAJO FERNANDEZ, M. (dir.), *Compendio de derecho penal. Parte Especial*, p. 433. Estos autores se refirieron al contenido jurídico y económico del derecho de propiedad y de los derechos reales derivados del mismo.

publicación de la monografía de HUERTA TOCILDO²⁴, donde se especificaba que el delito de usurpación del art. 517 CP⁷³ constituye un ataque contra el patrimonio inmobiliario y “protege el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos”, otros autores asumieron este planteamiento. Este concepto de patrimonio inmobiliario, acuñado por HUERTA TOCILDO, se refiere al contenido jurídico y económico del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real sobre un inmueble. En este sentido, atañe a una concepción mixta jurídico-económica del patrimonio²⁵, relativa específicamente a los bienes inmuebles. Así, no formarán parte de este concepto ni los bienes o derechos carentes de valor económico, ni los que no gozan de apariencia jurídica. Siguiendo esta interpretación, en la actualidad la mayor parte de la doctrina²⁶ entiende aún que el patrimonio constituye el bien jurídico protegido por el tipo del art. 245.2 CP²⁷.

En este sentido, MESTRE DELGADO²⁸ expone que el art. 245.2 CP se refiere a un delito contra el patrimonio y, por ello, para ser de aplicación, debe acreditarse el contenido económico concreto de la acción delictiva. Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC²⁹ apunta que el bien jurídico de todos los delitos enmarcados en la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, es el patrimonio. Según el autor, el patrimonio debe ser entendido como “conjunto de bienes dotados de valor económico, en poder de una persona, a partir de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico”. También MUÑOZ CONDE³⁰ entiende que el patrimonio es el bien jurídico protegido por todos los delitos del Título XIII del Código Penal y define el concepto como el conjunto de derechos y obligaciones referibles a cosas y otras entidades que

²⁴ HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, p. 35, propugna la teoría ecléctica en relación al concepto y contenido del patrimonio. Esta teoría se denomina también mixta o jurídico-económica.

²⁵ Véase, al respecto de las diferentes concepciones del patrimonio, PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ J. M^a. (dir.)/PASTOR MUÑOZ, N. (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, pp. 270 ss.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, p. 310; PÉREZ MANZANO, M., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, p. 421; QUINTERO OLIVARES, G., en EL MISMO/MORALES PRAT, F. (col.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 636; BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 123; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, p. 343; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E., en LOS MISMOS, *Compendio de derecho penal. Parte general y parte especial*, p. 665; GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO del ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, pp. 647 y ss.

²⁷ Esta interpretación parece acorde con la rúbrica del capítulo en el que se inserta el tipo, en el marco del actual Código Penal: “Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico”.

²⁸ MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, p. 343.

²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E., en LOS MISMOS, *Compendio de derecho penal. Parte general y parte especial*, p. 665.

³⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, p. 337.

tienen un valor económico y que deben poder ser valoradas en dinero. Con todo, en el marco de esta postura doctrinal, no hay acuerdo sobre si debe existir un perjuicio económico, para que puedan entenderse realizados los tipos cuyo bien jurídico es el patrimonio³¹.

En nuestra jurisprudencia también se hallan sentencias³², que constituyen una línea jurisprudencial minoritaria, en las que se entiende que el bien jurídico protegido por el tipo es el patrimonio inmobiliario³³, en los términos apuntados más arriba.

Entender que el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario tiene consecuencias en el ámbito de aplicación del tipo. Así, según esta concepción, serían típicas las ocupaciones de inmuebles abandonados respecto a los cuales el propietario hubiere hecho dejación de su derecho de posesión, pero que se hallaran inscritos en el Registro de la Propiedad, cosa que no parece respetuosa de los principios de *ultima ratio*, de intervención mínima y de lesividad del derecho penal. En cambio, los usos esporádicos quedarían excluidos por afectar a un derecho subjetivo carente de valor económico.

Por otra parte, esta interpretación podría dar protección a los intereses del poseedor material no propietario, en la medida en que su derecho de posesión integraría su patrimonio. Sin embargo, no parece ser esta la intención del legislador que, como se verá más adelante, en este trabajo se defiende que ha vinculado la tipicidad de las conductas al consentimiento y la voluntad del propietario³⁴.

I.1.C. La posesión como bien jurídico protegido por el tipo.

³¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, p. 337, defiende que los delitos cuyo bien jurídico es el patrimonio requieren, para su aplicación, de la concurrencia de un menoscabo patrimonial. En sentido contrario se manifiesta QUINTERO OLIVARES, G., en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS, F. (col.), *Comentarios parte especial del derecho penal*, p. 629.

³² SAP Burgos, de 17 de enero de 2000 (José Luís López del Morral Echevarría), entra a valorar cuál es el bien jurídico protegido por el tipo objeto de análisis y expone que la conducta descrita en el art. 245.2 CP representa un ataque contra la propiedad del inmueble, por el camino de la desposesión. Así, el bien jurídico protegido por el tipo viene constituido, según la sentencia reseñada, por el derecho de propiedad o la titularidad de los derechos reales o por el contenido económico y jurídico de los mismos. Se observa que el contenido del bien jurídico protegido se aproxima bastante al concepto de patrimonio inmobiliario defendido por HUERTA TOCILDO, S., *La Protección del patrimonio inmobiliario, passim*. En el mismo sentido, AAP Lleida 503/2010, de 15 de noviembre (Mercé Juan Agustín); SAP Madrid 19/2010, de 27 de enero (Pedro Javier Rodríguez González-Palacio).

³³ HUERTA TOCILDO, S., *La protección del patrimonio inmobiliario, passim*.

³⁴ Véase *infra* I.1.C.a. La posesión material como bien jurídico protegido por el tipo.

En tercer lugar, hay un sector doctrinal que entiende que el bien jurídico protegido por el tipo de usurpación del art. 245.2 CP, es la posesión³⁵. No obstante, en el marco de esta postura existe desacuerdo en cuanto a si lo protegido por el tipo es la posesión material o únicamente la derivada del derecho de dominio³⁶.

En el marco de nuestra jurisprudencia, esta interpretación es la que goza de mayor aceptación. No obstante, también se traslada aquí el desacuerdo en cuanto a si lo protegido por el tipo es la posesión material o únicamente la denominada posesión civil. A continuación se analizarán ambas líneas interpretativas, así como sus efectos.

1.1.C.a. La posesión material como bien jurídico protegido por el tipo.

Una corriente de la denominada jurisprudencia menor entiende que el bien jurídico protegido por el tipo no es la propiedad, sino la posesión, concretamente la posesión como hecho y no el derecho de poseer. Así, lo protegido por el tipo sería la llamada posesión “natural” o “material”, frente a la denominada posesión “civil”. Mientras que la primera acepción del término posesión se refiere al goce y uso efectivo del inmueble, sin necesidad que se halle vinculado al derecho de dominio, la posesión “civil” es aquella que se deriva únicamente del derecho de propiedad. Para esta línea jurisprudencial, el tipo del art. 245.2 CP prohíbe la producción de una lesión real. Y no bastaría la mera puesta en riesgo del bien jurídico posesión³⁷.

³⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GOMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 959; BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, p. 1648.

³⁶ Así, MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GOMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 959, expone que el bien jurídico protegido por el tipo estudiado es la posesión natural o posesión material del bien, que es la que determina el señorío directo sobre la cosa y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. Por el contrario, BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, p. 1648, entiende igualmente que el bien jurídico protegido por el tipo es la posesión. No obstante, añade que la ubicación sistémica del art. 245.2 C.P., en el Título XIII, permite aventurar que no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino únicamente la posesión que se deriva del derecho de propiedad. Así, el tipo estudiado protege la relación específica del propietario respecto de la cosa y el derecho de éste para que pueda ejecutar las facultades que le confiere dicho dominio.

³⁷ Éste debe entenderse, en el sentido empleado, como uso y disfrute efectivo, sin que tenga por qué estar vinculado al derecho de dominio. En este sentido, SAP Barcelona 62/2003, de 16 de enero (José María Assalit Vives), expone que la protección penal no alcanza al derecho de propiedad inmobiliaria y ni siquiera se refiere a la posesión “civil”, sino a la posesión “natural” o “material” que es la que determina el señorío directo sobre la cosa y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. La Audiencia hace referencia a los arts. 431 y 432 del CC. El primero consigna que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos, teniéndolos y disfrutándolos. El segundo de los preceptos apuntados reconoce la posesión en distinto concepto que el de dueño, en el tenedor de la cosa o derecho. En la misma línea: SAP Cádiz 108/2000, de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez); SAP Madrid 145/2004, de 20 de febrero (Jesús

Esta interpretación es la más restrictiva del ámbito de aplicación del tipo y supone, en el plano objetivo, la atipicidad de las ocupaciones de inmuebles abandonados sobre los que nadie ejerce la posesión material³⁸. Además, dado que lo que se exige es la lesión del bien jurídico protegido y no la mera puesta en peligro, también se considerarían atípicas las ocupaciones esporádicas³⁹. Lo anterior es acorde con los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* que, por mandato constitucional, deben regir el derecho penal. No obstante, plantea un problema en el plano subjetivo, en la medida en que ampara al poseedor material del inmueble incluso en contra del propietario del mismo. Ello, a mi entender, choca con la literalidad del precepto, que refiere la tipicidad de las dos conductas que describe, a la falta de consentimiento del “titular del inmueble, vivienda o edificio” en la primera, y a la voluntad contraria de éste en la segunda y en todo caso a que el objeto reseñado sea ajeno.

En el lenguaje común y en el derecho civil “titular del inmueble” equivale a propietario del mismo⁴⁰. En relación a los términos “vivienda” y “edificio” entiendo que son aclarativos y restrictivos del concepto de inmueble, siendo éste el término nuclear del objeto del tipo⁴¹. Según lo anterior, considero que el precepto estudiado alude al propietario de un bien inmueble, ya sea éste una vivienda o un edificio destinado a un uso distinto. No obstante, entiendo que pueden plantearse objeciones con respecto al término vivienda, dado que el titular de la misma en lenguaje común es el que la habita. Sin embargo, tratándose de viviendas que “no constituyen morada”, es decir, deshabitadas, nuevamente estimo apropiado entender que el término “titular” es equivalente al de “propietario” y por vivienda se debe considerar aquel inmueble susceptible de poder ser habitado. En este sentido, la STS 1582/2000⁴² utiliza indistintamente las expresiones “propietario” y “titular de la vivienda”. Por otra parte, en el Código Penal, la expresión “titular” es empleada en varios preceptos⁴³. Si bien, a excepción del art. 245.2 CP, ninguno de ellos utiliza el término en referencia a un

Fernández Entralgo); SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Fortén Cebrián); AAP Madrid 419/2006, de 20 de abril (Fernando Forten García); SAP La Rioja 97/2010, de 31 de marzo (José Luís Díaz Roldán); AAP Barcelona 315/2010, de 15 de abril (José María Assalit Vives); SAP Cádiz 36/2013, de 29 enero (Juan Carlos Campo Moreno); SAP Cáceres 298/2014, de 30 de junio (Jesús M^a Gómez Flores); SAP Barcelona 100/2014, de 14 de julio (María Magdalena Jiménez Jiménez).

³⁸ No obstante, más adelante se verá como en la práctica esta restricción queda muy limitada. Ello es así, en la medida en que se exigen muchas condiciones para que un inmueble se reputa abandonado.

³⁹ SAP Valencia 102/2001, de 19 de octubre (José Manuel Ortega Lorente); AAP Cádiz 47/2007, de 23 de febrero (Miguel Ángel Feliz Martínez).

⁴⁰ Se habla así de bienes de titularidad pública o privada. Y, en las escrituras de propiedad o en las referencias catastrales, se emplea así mismo el término titular para referirse al propietario del bien inmueble en cuestión y, en ningún caso, al que ejerce el usufructo del mismo que, en todo caso, será titular del derecho de uso y disfrute sobre el inmueble y no del inmueble en sí mismo.

⁴¹ Véase *infra* II. Características del tipo y objeto material.

⁴² STS 1582/2000, de 18 de octubre (Joaquín Jimenez García).

⁴³ Así, por ejemplo, arts. 203, 236, 256, 270, 273 y 274 CP, entre otros.

inmueble, un edificio o una vivienda. Sin embargo, podría existir un posible paralelismo con el art. 273 CP en el que se alude al “titular de una patente”⁴⁴ y es así mismo interesante el art. 270 CP, que condiciona la tipicidad a que no exista autorización de “los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”⁴⁵. Por su parte, nuestra jurisprudencia cuando utiliza el término “titular”, en referencia a un objeto, alude al propietario del mismo. Por el contrario, cuando pretende hacer alusión al sujeto que detenta el uso o la explotación de un determinado bien, emplea la expresión de “titular del derecho” o “cesionario”⁴⁶.

En función de todo lo expuesto, considero que, en virtud de su interpretación gramatical, la expresión “titular del inmueble, vivienda o edificio” alude a la figura del propietario. En mi opinión, entender que la mencionada expresión se refiere a quien ejerce un derecho posesorio sobre el inmueble es forzar demasiado la redacción del precepto. Por otra parte, si el precepto estudiado condiciona la tipicidad de la conducta a la falta de consentimiento o a la voluntad contraria del propietario, resulta absurdo declarar que el bien jurídico protegido por el tipo es la posesión natural y no únicamente la que se deriva del derecho de dominio.

Por todo ello, la teoría interpretativa descrita daría lugar a situaciones contradictorias como la siguiente, que se puede apreciar si imaginamos el caso de un inmueble sujeto a un contrato indefinido de alquiler, que es deshabitado temporalmente por el arrendatario debido a problemas de salud, lo cual es aprovechado por el arrendador para introducir a terceras personas en la vivienda. Si el bien jurídico protegido por el tipo fuera la posesión material⁴⁷, el arrendatario despojado debería poder interponer una denuncia por usurpación pacífica de inmuebles. No obstante, al mediar consentimiento del propietario, la redacción del precepto impediría lo anterior⁴⁸.

En definitiva, considerar la posesión material como bien jurídico del art. 245.2 CP, llevada a sus últimas consecuencias supone una transgresión del tenor literal del

⁴⁴ STS 79/2012, de 5 de diciembre (José Ramón Fernández Gabriol), diferencia claramente la figura del titular de la patente, que es el propietario de la misma, del sujeto que adquiere la concesión de la licencia de explotación.

⁴⁵ En este precepto el legislador ha distinguido las figuras del “titular” y del “cesionario”.

⁴⁶ STS 79/2012, de 5 de diciembre (José Ramón Fernández Gabriol); STS 1582/2000, de 18 de octubre (Joaquín Jiménez García); STS 712/2005, de 8 de junio (Diego Antonio Ramos Gancedo).

⁴⁷ Considero que, en el supuesto planteado, el arrendatario ejerce aún la posesión material sobre el inmueble en cuestión, dado que el desuso es temporal y existe voluntad de reutilización. Sería un caso equiparable al del propietario que mantiene un inmueble deshabitado por un tiempo. En este segundo caso, sin entrar en mayores especificaciones, se podría mantener que la usurpación de tal inmueble es típica.

⁴⁸ Se trataría de un caso del denominado *mobbing* inmobiliario, frente al cual cabría la interposición de una denuncia por coacciones (art. 172 CP) o por un delito contra la integridad moral (art. 173 CP), en el caso de que el consentimiento del propietario estuviera dirigido a la consecución de la rescisión del contrato.

precepto, al extender la aplicación del mismo a los supuestos en los que se perturba la posesión del poseedor no propietario.

1.1.C.b. La posesión civil como bien jurídico protegido por el tipo.

Frente a la línea interpretativa anterior, existen algunas sentencias que reconocen la posesión como bien jurídico protegido por el tipo estudiado, pero únicamente aquella vinculada al derecho de dominio, es decir, la denominada posesión “civil”. En el marco de esta postura interpretativa vuelve a haber desacuerdo en relación a si lo prohibido es la lesión del bien jurídico protegido⁴⁹ o, simplemente, cualquier perturbación a la posesión “civil” que entrañe un riesgo para la misma⁵⁰.

A diferencia de la postura analizada en el epígrafe anterior, esta segunda interpretación es acorde con la literalidad del precepto. Como se verá más adelante, coincide con la postura jurisprudencial que entiende que lo prohibido por el tipo estudiado es la lesión de la posesión civil. No obstante, estoy en desacuerdo con la tendencia que entiende que tiene relevancia penal la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido, en la medida en que implica una ampliación del ámbito de aplicación del tipo a los inmuebles en estado de abandono y a los usos esporádicos de cualquier inmueble. Lo anterior plantea problemas de adecuación con los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*, en la medida en que supone la tipificación de conductas que no merecen ser castigadas penalmente y que no necesitan ser perseguidas por razones de política-criminal. Si bien es cierto que estos principios son mandatos dirigidos al legislador y no a los tribunales, también lo es que éstos deben optar por la interpretación que, en el marco del principio de legalidad, sea más adecuada con la Constitución.

1.1.D. El orden socio-económico como bien jurídico protegido por el tipo.

⁴⁹ AAP Pontevedra 35/2011, de 21 de enero (Luis Carlos Rey Sanfiz); SAP Madrid 684/2014, de 27 de octubre (M^a del Carmen Compaired Plo); SAP Málaga 24/2014, de 8 de abril (Mariano Santos Peñalver).

⁵⁰ Se han hallado más sentencias que defienden que la mera puesta en peligro de la posesión civil es típica. En este sentido, SAP Badajoz 74/2002, de 3 de diciembre (Matías Madrigal Martínez Pereda), analiza la naturaleza del bien jurídico protegido por el tipo y decide que la voluntad del legislador ha sido la de dar protección a la posesión del propietario, para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio. Según esta sentencia, a través del art. 245.2 CP se prohíbe el riesgo que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido. La ocupación penalizada es pues aquella que supone un riesgo para la denominada posesión “civil”. En el mismo sentido: SAP Sevilla 458/2001, de 6 de septiembre (Miguel Carmona Ruano); AAP Guadalajara 104/2006, de 30 de junio (Concepción Espejel Jonquera); SAP Sevilla 97/2008, de 29 de octubre (Andrés Palomo Arco); SAP Valencia 358/2013, de 25 de abril (José Manuel Ortega Lorente).

Por último, se plantea la posibilidad de que, además de afectar al patrimonio o a la posesión, las conductas descritas en el precepto estudiado lesionen también el orden socioeconómico. Este sector doctrinal considera que lo anterior se deriva de la rúbrica que encabeza el título en el que se inserta el tipo objeto de este análisis⁵¹. Esta postura interpretativa no halla eco en nuestra jurisprudencia.

1.2. Toma de postura.

En mi opinión, lo protegido por el tipo es la posesión civil. Ahora bien, en el marco de esta postura, entiendo que lo prohibido por el precepto no es la mera puesta en peligro del bien, sino su lesión efectiva. Como ya se ha expresado, el término “titular” empleado por el artículo estudiado se refiere al propietario del bien inmueble. En efecto, es la ausencia del consentimiento de éste, o su expresa oposición, lo que determina que se estén realizando la primera o la segunda conducta típica, respectivamente. Por tanto, el bien jurídico protegido debe encontrarse en la esfera de derechos del propietario del inmueble.

Esta primera conclusión encuentra apoyo en el término “usurpación” que integra la rúbrica del capítulo en el que se halla inserto el precepto estudiado. Debido a su inclusión en este capítulo, la expresión con la que se hace referencia al tipo objeto de análisis es “usurpación pacífica de inmuebles”. Un acto de usurpación es un acto injusto de apoderamiento o de apropiación de un bien o un derecho. El que usurpa desplaza al titular legítimo y ocupa el lugar de éste en relación al bien o al derecho usurpado. A partir de aquí, cabe ya plantearse cuál es el derecho del titular del inmueble, que se “usurpa” con la ocupación del mismo.

A primera vista parecería que lo afectado es el derecho de propiedad, en la medida en que la usurpación se realiza en relación a quien ejerce el dominio sobre el bien inmueble. No obstante, el acto de usurpación no se proyecta en relación a todas las facultades del dominio. En efecto, el que usurpa el inmueble ajeno, en los términos apuntados por el precepto estudiado, ocupa el lugar del propietario del mismo en cuanto a sus facultades de uso y disfrute del inmueble y de exclusión de terceros, pero no lo desplaza en relación a su facultad de disposición del mismo. En este sentido, el propietario conserva en todo momento la posibilidad de enajenar el inmueble, de transmitirlo, o de gravarlo, pese a la usurpación. En apoyo de lo anterior y, en atención al elemento histórico y finalístico, debe recordarse que la tipificación de la conducta estudiada en el Código Penal de 1995 tuvo por objeto criminalizar la conducta de los

⁵¹ Al respecto de esta línea interpretativa véase BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 123 y ss. El autor presenta esta postura sobre el bien jurídico, pero se manifiesta contrario a la misma por entender que sería intolerable que se pretendiera proteger el actual orden socioeconómico a costa de condenar criminalmente a la oposición ideológica al mismo.

“okupas” que estaba proliferando de forma alarmante en ese momento. Con este movimiento antisistema se pretenden atacar los cimientos de la propiedad privada a través de la desposesión. Es por ello que es esa posesión, derivada del derecho de dominio, lo que pretendió protegerse a través de la tipificación de la conducta.

Cabría alegar, también en contra de lo expuesto, que la propia facultad de disposición se ve afectada por la usurpación, debido a las posibles dificultades que puede comportar la venta de un inmueble ocupado, que en ocasiones pueden traducirse en una reducción del precio de venta del mismo. Sin embargo, entiendo que tales pérdidas deben ser consideradas en sede de responsabilidad civil. En efecto, en la medida en que el propietario del inmueble conserva su poder de enajenar el mismo, y el usurpador carece de esta posibilidad, estimo que no existe usurpación respecto de esta facultad. Así pues, en mi opinión debe descartarse que el bien jurídico protegido por el tipo estudiado sea el derecho de propiedad en su globalidad. Ello no resulta sorprendente, dado que el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles no ha merecido protección penal hasta el momento, debido a la salvaguarda otorgada por el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, pese a estar inserto en el Título XIII del Código Penal, que lleva por rúbrica “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, considero que el bien jurídico protegido por el tipo no es el patrimonio en su conjunto. Como ya he manifestado al inicio de este epígrafe, entiendo que el delito estudiado supone la usurpación del derecho de posesión del propietario del inmueble. Debido a la naturaleza patrimonial del derecho indicado, tiene sentido la inclusión del precepto en el marco de este Título. No obstante, lo relevante no es la afectación del patrimonio, sino la usurpación del derecho de posesión. Cualquier perjuicio patrimonial que pudiere producirse con la usurpación no es relevante desde la perspectiva del desvalor penal de la conducta y deberá considerarse en sede de responsabilidad civil.

Del mismo modo, entiendo que la hipotética afectación del orden socioeconómico que pueda causar la proliferación de las conductas prohibidas por el tipo estudiado no es objeto de protección por el precepto en cuestión. Nuevamente debe aquí reiterarse que nos hallamos ante un tipo de usurpación y que, por ello, lo que se penaliza es la lesión del derecho usurpado: la posesión. Evidentemente, dada la naturaleza patrimonial y por tanto económica del mencionado derecho, una proliferación de las conductas que lo perturban pueda tener cierta incidencia sobre el orden socioeconómico, pero ello es predicable de cualquier delito contra el patrimonio incluido en Título XIII CP.

Desde la postura que aquí se defiende, la usurpación se proyecta sobre las facultades del propietario de usar y disfrutar del inmueble y de excluir a terceros. Ambos poderes conforman el derecho de posesión, que supone la posibilidad de gozar y disfrutar, e incluye el derecho a no ser perturbado en este goce y disfrute. La posesión civil, a

diferencia de la posesión natural, se ejerce en concepto de dueño⁵². En este sentido, frente a la posesión natural, la posesión civil supone tener la cosa como propia y puede dar lugar a la usucapión. Esta distinción entre dos clases de posesión se desprende de lo dispuesto en los arts. 430 CC y 432 CC. Así, el primer precepto apuntado establece que: “Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa como o derecho como suyos”. Por su parte, el art. 432 CC dispone: “La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.” A lo anterior, el art. 433 CC añade: “Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.”

De lo dispuesto por estos preceptos se extraen tres ideas relevantes en relación al tema objeto de estudio:

1. Existen dos formas de posesión: en concepto de dueño de la cosa, o como tenedor de la misma. En este segundo caso el dominio pertenece a otra persona. Según lo anterior y, a *sensu contrario*, la posesión en concepto de dueño es la que se ejerce como titular del derecho.
2. La posesión civil es igual a la posesión natural, con la salvedad de que quien la ejerce lo hace “con la intención de haber la cosa o derecho como suyos”⁵³.
3. Cabe la posesión en concepto de dueño sin justo título ya se actúe de buena o de mala fe. Así lo han entendido doctrina⁵⁴ y jurisprudencia⁵⁵. Lo anterior

⁵² Al respecto de la distinción entre posesión civil y posesión natural, véase BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO (dir.), *Acciones de protección de la posesión. Régimen jurídico, sustantivo y procesal, de las acciones de tutela de la posesión*, p. 94.

⁵³ Esta idea se desarrollará con más amplitud en el epígrafe siguiente.

⁵⁴ Entre otros, DEL POZO SIERRA, B., *La compatibilidad jurídica entre el derecho del estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, p. 272; COBO OLVERA, T., *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales*, p. 412.

⁵⁵ STS 234/2008, de 28 de noviembre (Juan Antonio Xiol Ríos), expone: “La posesión en concepto de dueño es presupuesto necesario para toda usurpación, pues, como ha señalado reiteradamente nuestra doctrina jurisprudencial, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar, en armonía con el artículo 1941, sin la base cierta de una posesión continuada durante el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 4 de julio de 1963, etc.), señalando así el artículo 447 del CC que solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, por lo que la posesión, en la prescripción extraordinaria, ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya, ‘en concepto de dueño’, por cuya razón se ha excluido de la posibilidad de prescribir a los arrendatarios, los precaristas, los guardadores, y, en suma, a todos aquellos que, según Las Partidas, ‘no son tenedores por sí mismos, sino por aquellos de quien la cosa tienen’. Y

permite calificar la usurpación de inmuebles como una conducta de posesión en concepto de dueño.

A mi entender, el que ocupa el bien inmueble ajeno, al ejercer una posesión en concepto de dueño, desplaza al propietario del mismo respecto de su derecho de posesión civil. No existe entre ambos una relación jurídica dependiente, como ocurre en los casos del arrendatario y el precarista, respecto de la posesión mediata del dueño, sino que la posesión del usurpador, al ser en concepto de dueño, es independiente y supone la suplantación del propietario en su relación posesoria con el bien inmueble en cuestión⁵⁶. Estimo que a lo anterior no se opone lo dispuesto en el art. 444 CC respecto a la declaración de no afectación de la posesión de “los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia”, en la medida en que la usurpación a la que nos venimos refiriendo se realiza sin el consentimiento o contra la voluntad del propietario del inmueble, de forma pública y pacífica⁵⁷.

Esta posesión en concepto de dueño se concreta en el uso y disfrute efectivo del inmueble conforme a la finalidad del bien en cuestión y como si de su “dueño” se tratase y se manifiesta en actos externos del autor de la usurpación. Así, será expresión de esta posesión en concepto de dueño el uso público, directo y continuo del inmueble,

esa posesión en concepto de dueño no puede basarse en una mera intención subjetiva, de manera que no posee como dueño quien, simplemente, se considera como tal, sino que ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, por lo que no es suficiente la simple tenencia material o simple, sino que a ella ha de añadirse un *plus* dominical de actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de las cosas sobre la que se proyectan los actos posesorios, es decir, que no han de tenerse en cuenta por no operar prescriptivamente en sentido positivo, cuando se trate de actos de mera condescendencia del efectivo propietario, o se posea a espaldas el *verus dominus*, en haceres y conductas dotadas de clandestinidad. Y todo ello, sin que haya precepto que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño. No obstante, conviene precisar que la posesión en concepto de dueño es independiente de la buena fe (...).”

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, pp. 647-653.

⁵⁷ En efecto, los arts. 441 y 444 CC impiden la adquisición de la posesión mediante violencia, actos tolerados por el titular o clandestinidad y considero que la usurpación de inmuebles a la que nos venimos refiriendo no se realiza en ninguna de las anteriores circunstancias. En primer lugar, el art. 245.2 CP no describe conductas violentas, en este sentido se contraponen al art. 245.1 CP, en el que el legislador emplea expresamente los términos “con violencia e intimidación”. Al respecto de la naturaleza no violenta de las conductas descritas en el art. 245.2, véase VIII. Delimitación con otras figuras delictivas afines. En segundo lugar, las conductas estudiadas no constituyen meros actos de tolerancia, ni siquiera de precario, porque, como ya se ha indicado, el que usurpa el inmueble ajeno lo posee en nombre propio. En caso contrario, el enjuiciamiento que se derivara de la situación en cuestión debería dirimirse por la jurisdicción civil. Por último, la usurpación a la que nos venimos refiriendo no se realiza de manera clandestina sino con total publicidad. De otra forma nos hallaríamos ante meros usos esporádicos. En relación al contenido de las expresiones “actos tolerados” y “clandestinidad”, véase BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F., en BUSTO LAGO, J. M. (dir.), *Acciones de protección de la posesión (Régimen jurídico, sustantivo y procesal, de las acciones de tutela de la posesión)*, pp. 72-81.

ya sea para habitarlo o utilizarlo de otro modo acorde con su finalidad. También será manifestación del ejercicio de este derecho la realización de trabajos de conservación, obra, reforma, etc. En este sentido, se observa como en numerosos casos de ocupación el autor de los hechos realiza obras de mejora o de conservación de la finca, que corresponderían al propietario de la misma.

Una vez expuesta la teoría del bien jurídico que aquí se defiende y determinado el contenido del concepto de posesión civil, a continuación se procede a analizar cuáles son las consecuencias jurídicas que de la misma se derivan. La postura asumida permite restringir el ámbito de aplicación del tipo al máximo, cosa que es positiva a la luz de la pluralidad legislativa existente para solucionar los conflictos derivados de las ocupaciones de inmuebles, y de los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima del derecho penal⁵⁸.

1.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.

Según la postura interpretativa aquí defendida, el bien jurídico protegido por el tipo es la posesión civil y lo prohibido por el mismo es su lesión a través de la usurpación. De lo anterior se desprenden ciertas consecuencias jurídicas. En primer lugar, pese a que el derecho usurpado es una posesión en concepto de dueño, y por ello tiene vocación de provocar la usucapión, la usurpación del inmueble ajeno no puede dar lugar a la adquisición del dominio por prescripción. Ello es evidente en el caso de la segunda conducta típica, consistente en mantenerse en la ocupación del inmueble contra el consentimiento del titular, en la medida en que la prescripción adquisitiva requiere que no exista una oposición legítima a la misma. Sin embargo, esta cuestión plantea dudas en relación a la primera conducta. En efecto, la ocupación de un inmueble ajeno sin el consentimiento de su propietario, y la posesión continuada en concepto de dueño sin ser perturbado en la misma, son los presupuestos de adquisición de un inmueble por usucapión. No obstante, entiendo que en un supuesto como el descrito no existe una usurpación porque no se ha lesionado el bien jurídico protegido. Es evidente que, si tras treinta años de ocupación, el titular del dominio no ha manifestado su oposición ni su tolerancia respecto de la ocupación, es debido a que ha renunciado a su derecho de posesión sobre el mismo. En este sentido, el mencionado derecho no puede entenderse como lesionado.

⁵⁸ En contra de la restricción del ámbito de aplicación del tipo estudiado, se manifiesta IBARRA SÁNCHEZ, J. L., “La ocupación del inmueble no destinado a morada. El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal”, *passim*, al exponer que el reconducir el enjuiciamiento de las ocupaciones de inmuebles a procedimientos civiles y administrativos evita que el derecho penal pueda desarrollar su finalidad reparadora y preventiva, como instrumento útil para una rápida recuperación de la posesión del inmueble.

En segundo lugar, en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación del tipo, de la interpretación adoptada se deriva que no se puede aplicar el mismo cuando el acto de usurpación no tiene entidad bastante para representar un ataque real contra el bien jurídico reseñado⁵⁹.

1. En este sentido, desde la perspectiva del usurpador, únicamente serán punibles aquellas ocupaciones de inmuebles en las que el autor posee en concepto de dueño⁶⁰. Como ya se ha expuesto, únicamente la posesión en concepto de dueño supone un desplazamiento de la posesión civil y una correlativa usurpación de la misma. Es precisamente por lo anterior, que la posesión en concepto de dueño lesiona el derecho posesorio del propietario del bien. Cualquier otro tipo de posesión sobre el inmueble por parte de un tercero no supondría la lesión de la posesión civil que, por definición, es únicamente la que ejerce el propietario o quien suplanta la persona de éste en relación al inmueble en cuestión. De lo anterior se deriva la exclusión del ámbito de aplicación del tipo de dos clases de supuestos: a) los usos esporádicos de un inmueble, que por su escasa intensidad y durabilidad no puede considerarse ni siquiera que supongan una verdadera toma de posesión (ya sea en concepto de dueño o no) del inmueble y, por lo tanto, no lesionan el bien

⁵⁹ Nuestra doctrina mayoritaria se ha manifestado en los mismos términos. Así, se ha defendido la limitación de la aplicación del tipo a los casos que entrañan un mayor desvalor, por suponer un correlativo mayor menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo. En este sentido, BENEYTEZ MERINO, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, pp. 2658-2661; QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, p. 277; BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, pp. 1637-1639; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, p. 343 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal Español. Parte especial*, p. 482 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, pp. 337-339; MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 959. También la jurisprudencia mayoritaria ha llegado a la conclusión anterior, siendo consecuente con la asunción de la posesión material como bien jurídico protegido por el tipo estudiado. Así, ha dispuesto que la posesión ejercida por el titular del inmueble debe ser clara y manifiesta y debe suponer un goce y disfrute efectivo del mismo, para que sea merecedora de la protección penal. Este goce y disfrute, no obstante, puede no implicar un uso inmediato del inmueble, siempre y cuando el titular del mismo adopte las medidas adecuadas para dar efectividad a su utilización futura. Como por ejemplo: cumplir con los deberes de conservación del inmueble o asegurar el buen estado de los mecanismos de exclusión de terceros. En este sentido: SAP Segovia 97/1998, de 29 de octubre (Andrés Palomo del Arco); SAP Barcelona 217/2001, de 16 de enero (José Maria Assalit Vives); AAP Girona 463/2002, de 30 de septiembre (Carmen Capdevila Salvat); AAP Barcelona 899/2004, de 10 de septiembre (Jordi Palomar i Bou); SAP Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).

⁶⁰ Según la línea jurisprudencial reseñada, en relación a la persona del usurpador debe observarse un específico ánimo de exclusividad en el uso del inmueble. Es precisamente la voluntad de apropiación lo que conlleva una verdadera usurpación y ataca el derecho de posesión y libre disposición del titular del inmueble. En este sentido, SAP Barcelona 94/1998, de 17 de marzo (Montserrat Arroyo Romagosa).

jurídico protegido por el tipo⁶¹, b) los supuestos de continuidad en la ocupación del inmueble objeto de precario o arrendamiento. En estos casos nos hallamos ante verdaderas tomas de posesión, pero que no se ejercen en concepto de dueño.

2. Por otra parte, en relación al propietario del bien, serán objeto de protección aquellos inmuebles respecto de los cuales el propietario se halla ejerciendo sus facultades posesorias⁶². En este sentido, quedarán excluidos del ámbito de aplicación del tipo los inmuebles abandonados⁶³. Así, por ejemplo, si trasladamos la cuestión al delito de hurto o de robo respecto de las cosas muebles. Se hace evidente que si un sujeto deja un objeto de su propiedad junto a un contenedor de basura, quien lo coja no estará realizando ningún ilícito penal, porque el bien en cuestión había sido previamente abandonado por su legítimo propietario. En el caso referido, quien recoge el bien mueble deviene poseedor y propietario del mismo⁶⁴. Ciertamente, esto último no ocurre con los bienes inmuebles, en los que la adquisición de la propiedad viene condicionada por el transcurso de tiempo. No obstante, a parte de la diferencia señalada, por lo demás entiendo que el ejemplo mostrado puede servir para ilustrar lo que ocurre con los bienes inmuebles respecto a los cuales el propietario ha hecho dejación de su derecho de posesión. Así, si un bien inmueble es abandonado por su legítimo propietario, la ocupación del mismo en concepto de dueño no provocará una usurpación del derecho de posesión civil, sino una adquisición directa de este derecho. No obstante, con respecto a los bienes inmuebles se hace difícil concretar en qué circunstancias un bien puede reputarse

⁶¹ Los usos esporádicos no son actos de usurpación. En efecto, el que utiliza un inmueble para pernoctar, no realiza una verdadera toma de posesión, no lo posee en concepto de dueño y no desplaza al propietario del mismo en cuanto a poseedor.

⁶² Respecto al titular dominical, SAP Barcelona 217/2001, de 16 enero (José María Assalit Vives), entiende que debe realizar actos posesorios que exterioricen la existencia de su relación sobre el bien inmueble. AAP Girona 463/2002, de 30 de septiembre (Carmen Capdevila Salvat), añade que la posesión debe ser así clara y manifiesta en relación a la conciencia social. Lo anterior ocurre cuando el inmueble, aun cuando se halla en desuso, está acotado por un vallado, si se trata de una finca o cerrado, en el caso de pisos. Ello es indicio de la voluntad de exclusión de terceros por parte del titular del dominio. También es manifestación de la existencia de una relación posesoria del titular sobre el inmueble. En el mismo sentido, SAP Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).

⁶³ En relación al objeto sobre el que recae la acción típica, el ámbito de protección se proyecta sobre los inmuebles que cumplen una función social. Así, SAP Segovia 97/1998, de 29 de octubre (Andrés Palomo del Arco). En este sentido, son merecedores de la protección penal los casos de inmuebles en venta o en obras, por ejemplo, dado que se trata de formas de utilización individual del inmueble. En referencia a lo anterior, SAP Segovia 97/1998, de 29 de octubre (Andrés Palomo del Arco): “La protección penal debe quedar limitada a los ataques graves contra la posesión (...) esta intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas y en mal estado, que carecen del arraigo social que tienen, por ejemplo, las casas de temporadas o las casas del constructor temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador”.

⁶⁴ Puede aceptarse esta interpretación porque el objeto en cuestión se encuentra al lado de un contenedor. Si se tratase de un objeto de valor, hallado en cualquier otro lugar, la apropiación del mismo se subsumiría en el tipo de apropiación indebida, en atención al criterio de la verosimilitud.

abandonado. En efecto, la cuestión no es tan sencilla como se ha planteado en el ejemplo del bien mueble dejado junto a un contenedor. Por consiguiente se hace necesario dotar de contenido a la figura del “bien inmueble abandonado” y para ello, como ya se ha indicado, se va contrastar la jurisprudencia sobre el tema.

A continuación, en los apartados siguientes se abordará cada uno de los supuestos que quedan excluidos del ámbito de aplicación del tipo en virtud de la postura del bien jurídico protegido aquí defendida y se fundamentará el motivo de tal exclusión. Respecto al análisis de los casos de ocupación de inmuebles abandonados y de uso esporádico, se expondrá lo manifestado por la doctrina y por la jurisprudencia al respecto. En su mayor parte se hará referencia a sentencias en las que se defiende que el bien jurídico protegido es la posesión material. Ello es así por dos razones: 1. Porque, pese a las críticas que se han efectuado de esta línea doctrinal y jurisprudencial, ciertas soluciones a las que ésta llega son semejantes a algunas de las que se derivan de la postura defendida. 2. Porque esta postura es la mayoritaria en el seno de nuestra jurisprudencia y, por ello, es en el marco de la misma donde se han desarrollado en mayor profundidad las cuestiones que aquí se tratan.

El estudio de la línea interpretativa mencionada puede ser útil en aras a dotar de contenido y concreción a términos tales como “inmueble abandonado” o “usos esporádicos”. Por otra parte, analizar la postura jurisprudencial reseñada es también interesante porque, siendo mayoritaria en el marco de nuestra jurisprudencia menor, el conocimiento de la misma puede dotar de herramientas útiles a los operadores jurídicos y, en concreto, a aquellos letrados que llevan la defensa en un procedimiento en el que se enjuicia una causa por usurpación de inmuebles.

I.3.A. Exclusión del ámbito de aplicación del tipo de los arrendamientos de inmuebles y de los supuestos de precario.

Según la teoría sobre el bien jurídico protegido que aquí se mantiene, debe descartarse sin duda que el arrendatario del inmueble pueda ser sujeto activo del delito estudiado, en la medida en que no posee en concepto de dueño. Por tanto, en los casos de mantenimiento en el inmueble tras la finalización del contrato de alquiler y contra la voluntad del propietario, no habría usurpación. En estos supuestos, el propietario conservaría en todo momento la posesión mediata sobre el inmueble y el arrendatario gozaría de la posesión inmediata, porque el reseñado mantenimiento en el inmueble arrendado supondría una prolongación de las circunstancias de hecho previas y del *estatus* existente entre las partes⁶⁵. Así, la relación del arrendatario, respecto del

⁶⁵ Al respecto entre la distinción entre posesión mediata e inmediata, véase DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pp. 647-649. Este autor expone que “(...) hay una posesión inmediata que es aquella que ostenta quien ejerce el señorío directo sobre la cosa y, una posesión

inmueble arrendado y de su propietario, no sufriría variación alguna aunque el contrato de alquiler finalizara formalmente, porque materialmente las circunstancias continuarían siendo las mismas⁶⁶.

Frente a lo expuesto en el párrafo precedente, cabría argumentar que el desvalor del mantenimiento en el inmueble, una vez acabada la vigencia del contrato y cuando el propietario ha manifestado su voluntad de no renovarlo, equivale, en términos de desvalor jurídico-penal, al caso del que se mantiene en un inmueble usurpado, contra la voluntad de su titular⁶⁷. Sin embargo, en mi opinión, la diferencia clave reside en el consentimiento previo del arrendador respecto del arrendamiento, frente a la falta de autorización del titular del inmueble usurpado en relación a la usurpación. Entiendo que este factor, por un lado, explica la diferente valoración jurídico-penal de ambos supuestos y, por otro, fundamenta la razón por la cual el arrendador del inmueble debe tolerar, desde una perspectiva jurídico-penal, la actuación del arrendatario que se mantiene en el inmueble al finalizar el contrato.

1. En relación a la primera cuestión, considero que el derecho penal, como mecanismo de *ultima ratio*, debe castigar únicamente los ataques más graves contra bienes jurídicos. En este sentido supone una afectación más grave, para el bien jurídico posesión, el mantenimiento en un acto de usurpación respecto del cual el titular del bien carece de participación alguna, frente a la continuidad no consentida de un alquiler, en el cual el titular del inmueble ha tomado parte. En el primer caso, el propietario del bien es atacado gratuitamente, mientras que, en el segundo, él ha intervenido en los hechos que motivan la afectación de su

inmediata, que es la que a título de dueño conserva quien entregó la cosa y a quien debe serle restituida”. En el caso de la usurpación de inmuebles no se da esta relación jerarquizada y dependiente, porque no existe un acto de entrega, pues la ocupación se realiza sin el consentimiento del propietario o contra su voluntad.

⁶⁶ El art. 436 CC establece que: “Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”. Al respecto de un caso de fallecimiento del arrendador, la STS 970/2007, de 18 de septiembre (Antonio Salas Carceller), expone que la posesión del arrendatario no se transmuta en posesión en concepto de dueño, por falta de arrendador: “La Ley presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió (art. 436 del Código Civil) mientras no se pruebe lo contrario y no basta el mero cambio de intención en el poseedor, para modificar el concepto en que se posee conforme al principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Para que se produzca la *interversio possessioni*, es preciso también que se transforme el título o causa de adquisición de la posesión como ocurre en los supuestos de la llamada *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*, sin que baste en los supuestos de arrendamiento el simple fallecimiento del arrendador”. En el mismo sentido: STS 3265/1989, de 26 de abril (José Luis Albácar López); STS 2221/1991, de 14 de marzo (José Luis Albácar López).

⁶⁷ En este sentido, MAGRO SERVET, V., “La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres”, pp. 1891-1900, propone la tipificación de las conductas de no abandono del inmueble en casos de impago del alquiler. Según el autor, lo que se criminalizaría no sería el impago en sí, sino el no abandono del inmueble una vez producida la situación de impago en los plazos que previera el Código Penal.

derecho. Respecto a esto último, podría decirse que él mismo se ha puesto en peligro.

2. Por otra parte, en relación a la fundamentación de este diferente tratamiento entre el mantenimiento tras la finalización de un arrendamiento y la segunda conducta tipificada en el art. 245.2 CP, considero que una vez un sujeto consiente en ceder su posesión inmediata sobre un inmueble a un tercero, debe asumir una serie de riesgos derivados de esta cesión voluntaria, y deja de ser merecedor de una tutela penal en el caso de que alguno de estos riesgos se materialice. Así, para la resolución de este tipo de conflictos, la vía adecuada será la civil. De hecho, si estos supuestos se resolvieran por el derecho penal, el cauce civil quedaría totalmente inoperativo.

Asimismo, considero que los argumentos anteriores son igualmente válidos para excluir los supuestos de precario del ámbito de aplicación del tipo estudiado. En efecto, la posesión del precarista no es a título de dueño y se halla sujeta a una relación jurídica de dependencia respecto de la del propietario⁶⁸. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el art. 436 CC, se debe presumir “que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”. Así, el precario no podrá dar lugar a una usurpación, ni siquiera en los casos en los que, tras un tiempo de tolerancia, el propietario del inmueble manifieste su deseo de que el precarista lo abandone y éste se mantenga en la ocupación del mismo⁶⁹.

1.3.B. La exclusión de los usos esporádicos del ámbito de aplicación del tipo.

Como ya se ha indicado, una de las consecuencias que se derivan de la postura que aquí se defiende es la exclusión del ámbito de aplicación del tipo de los “usos esporádicos”. La fundamentación de tal exclusión es la escasa afectación que tales usos pueden causar en el bien jurídico protegido por el tipo, debido a su poca intensidad y duración.

1.3.B.a. Contenido de la expresión “uso esporádico”.

⁶⁸ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pp. 647-653.

⁶⁹ En cualquier caso y como se verá *infra* III.2.B.a. Las acciones posesorias de carácter sumario, el derecho civil ya prevé expresa y específicamente unos cauces sumarios de solución de los conflictos generados entre arrendatario y arrendador (art. 250.1.1º LEC) y entre el precarista y “el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca” (art. 250.1.2º).

El término “uso” atañe a cualquier acto de utilización de un inmueble deshabitado que no implique una toma de posesión (ya sea en concepto de dueño o no)⁷⁰. En este sentido, se trata de utilizaciones de un inmueble que carecen de la intensidad suficiente para ser consideradas verdaderas tomas de posesión⁷¹. Entiendo que una “toma de posesión” lleva implícita un uso en exclusividad. Por consiguiente, un factor importante que deberá tenerse en cuenta, para valorar si nos hallamos ante un uso del inmueble, o ante una toma de posesión, será la concurrencia o no de medios de exclusión de terceros encaminados a ejercer la posesión en exclusividad. El problema residirá en determinar qué medios son adecuados para posibilitar dicha exclusión.

Por su parte, el significado común del calificativo “esporádico” atañe a lo que es ocasional y se da con poca frecuencia (DRAE). En relación al tema aquí tratado, ello implica que el uso en cuestión no debe prolongarse en el tiempo. Según lo anterior será atípica, en virtud de este adjetivo, casos como la pernoctación de un indigente en un inmueble deshabitado.

En consecuencia, con la expresión “usos esporádicos” nos referimos a aquellas utilizaciones del inmueble que no constituyen tomas de posesión, en el sentido en que no se ejercen en exclusividad y que se desarrollan de forma ocasional. El ejemplo en el que se está pensando en el momento de utilizar esta expresión es en el del indigente que utiliza un inmueble deshabitado para pernoctar. Incluso cuando lo hace por varias noches. En este último caso debe entenderse que existe falta de continuidad, que es precisamente lo que se ha pretendido indicar con el término esporádico⁷².

En cambio, en los supuestos en los que el aparente “uso” no es esporádico, entiendo que existe una verdadera “toma de posesión” y no un mero “uso”. Esto es así, porque la continuidad en el uso de un inmueble, por parte de un sujeto, puede actuar como efectivo medio de exclusión de terceros.

1.3.B.b. Postura doctrinal y jurisprudencial.

⁷⁰ Como ya se ha explicado reiteradamente, una toma de posesión en concepto de dueño es la que se ejerce en nombre propio como si del propietario del inmueble se tratara. Por su parte, la toma de posesión también puede realizarse en nombre ajeno, como sería el caso de la situación del precarista o del arrendatario. En cualquier caso, ambos supuestos se diferencian de un mero uso del inmueble que no implique toma de posesión del mismo.

⁷¹ En efecto, el que utiliza un inmueble ajeno para pernoctar, no realiza una verdadera toma de posesión, no la posee en concepto de dueño y no desplaza al propietario del mismo en cuanto a poseedor.

⁷² En la mayoría de estos supuestos ni siquiera cabría la posterior incoación del procedimiento civil porque el propietario del bien inmueble “ocupado” ocasionalmente, en ningún momento habría visto restringido su derecho posesorio.

Como ya se ha expuesto, la postura interpretativa doctrinal y jurisprudencial que defiende que el bien jurídico protegido por el tipo estudiado es la posesión material, llega a una conclusión parecida a la que se ha planteado en el epígrafe anterior, al excluir del ámbito de aplicación del tipo las “ocupaciones esporádicas”⁷³.

En este sentido, la corriente interpretativa reseñada⁷⁴ entiende que la posesión material sobre el inmueble únicamente se lesiona cuando por parte del usurpador concurre ánimo de apropiación y voluntad de permanencia⁷⁵.

La jurisprudencia ha ido determinando cuales son aquellos indicios que permiten discernir cuando concurre esta voluntad de permanencia. Así, en primer lugar, la disposición de elementos de cierre por parte de los ocupantes implicaría su voluntad de permanecer en el inmueble⁷⁶. Un segundo indicio que permitiría determinar la existencia de una voluntad de permanencia por parte de los mismos sería la constatación de que los éstos han arreglado el lugar, a fin de hacerlo habitable⁷⁷. En tercer lugar, las Audiencias también consideran prueba de la voluntad de permanencia requerida para la aplicación del tipo, la declaración de los propios ocupantes admitiendo querer residir en el inmueble⁷⁸. Por último, la jurisprudencia también toma en consideración la duración temporal de la ocupación. Así, lo exigido por el tipo, según la doctrina de nuestros tribunales, es la voluntad de permanencia y no la permanencia misma, aunque ésta última se entiende como indicio de la voluntad exigida⁷⁹. En este sentido, existen condenas cuando el lapso de tiempo transcurrido entre la ocupación y el desalojo es mínimo, si queda demostrado que la voluntad era de continuar con la ocupación⁸⁰. En cualquier caso, según la jurisprudencia analizada, el criterio reseñado tiene como

⁷³ Como ya se ha manifestado y argumentado, resulta más adecuado el término “uso” que el de “ocupación”, en la medida en que este último equivale a “toma de posesión”.

⁷⁴ BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, pp. 1648 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E., en LOS MISMOS, *Compendio de derecho penal: Parte general y parte especial*, pp. 565 y ss; MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GOMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 959; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, p.655-662; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*, pp. 276 y ss.

⁷⁵ Véase *infra* III. Las modalidades típicas.

⁷⁶ SAP Barcelona 524/2009, de 29 de junio (Miguel Ángel Jimeno Jubero).

⁷⁷ SAP Barcelona 94/1998, de 17 de marzo (Montserrat Arroyo Romagosa).

⁷⁸ SAP Madrid 127/2009, de 6 de marzo (María Elena Perales Guillo); SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).

⁷⁹ La jurisprudencia mayoritaria no distingue entre las conductas típicas de “ocupar” y de “mantenerse en la ocupación”, para decidir la aplicación del tipo, en relación al criterio interpretativo apuntado en este epígrafe. Así, SAP Barcelona 94/1998, de 17 de marzo (Montserrat Arroyo Romagosa) entiende que la conducta de “ocupar” presupone un ánimo de apropiación que requiere una voluntad de permanencia en el inmueble por parte del usurpador. Por otra parte, la conducta de “mantenerse en la ocupación” exige así mismo el ánimo apropiatorio que implica la misma voluntad de permanencia.

⁸⁰ SAP Huelva 16/2013, de 25 de enero (José María Méndez Burguillo); SAP Navarra 78/2005, de 6 de mayo (Fermín Zubiri Orteiza).

consecuencia la exclusión de las “ocupaciones esporádicas”⁸¹, en el marco de las cuales el autor ocupa sin voluntad de continuidad o de permanencia.

1.3.C. La exclusión del ámbito de aplicación del tipo de la ocupación de inmuebles abandonados.

Otra consecuencia de la interpretación del bien jurídico defendida es la exclusión del ámbito de aplicación del tipo de la ocupación de inmuebles abandonados. La fundamentación de esta restricción es nuevamente la escasa, o más bien nula, afectación de la posesión civil que comporta la ocupación de estos inmuebles. A lo anterior se añade el hecho de que la ocupación de este tipo de inmuebles no es una verdadera usurpación. Ello es así en la medida en que si el propietario del bien en cuestión ha hecho dejación de su derecho posesorio, éste no puede ser usurpado.

1.3.C.a. Postura doctrinal y jurisprudencial.

La postura jurisprudencial que defiende que el bien jurídico protegido por el tipo es la posesión material también entiende que es importante distinguir entre el inmueble abandonado o el que está simplemente deshabitado. Según esta línea interpretativa, a las usurpaciones de inmuebles deshabitados les correspondería el tratamiento penal, frente a las de inmuebles abandonados que se registrarían por la jurisdicción civil. Esta postura jurisprudencial entiende que el inmueble abandonado es aquel que ha perdido totalmente su función social, frente al meramente deshabitado que todavía puede ser objeto de vivienda, de alquiler o de venta⁸². Esto justificaría que, en virtud de los principios constitucionales de intervención mínima y *ultima ratio*, y debido al escaso daño producido al bien jurídico posesión, el derecho penal debe permanecer impasible frente a las ocupaciones de inmuebles abandonados y, por el contrario, ha de reaccionar en el caso de usurpaciones de inmuebles deshabitados.

Las Audiencias han ido indicando una serie de circunstancias que permiten establecer cuándo un inmueble se halla o no en estado de abandono, a los efectos de determinar si

⁸¹ SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).

⁸² La propiedad de un inmueble de tales características y sus derechos derivados no merecerían protección constitucional, en virtud del art. 33 CP. A lo anterior se añade el hecho que sobre tal inmueble el propietario no ejerce la posesión material. En sentido contrario se manifiesta MARTÍ MARTÍ, J., “Los colectivos ‘ocupas’ y la respuesta del derecho penal”, pp. 1-4. El autor considera que el concepto de función social no ha sido dotado de un contenido claro por nuestra jurisprudencia, por lo que su empleo crea inseguridad jurídica. Asimismo añade que, en cualquier caso, no puede ser fundamento de la exclusión de la protección del bien jurídico de los denunciados, en un supuesto de ocupación de inmuebles.

con su ocupación se dañan o no los derechos posesorios del titular del mismo. En este sentido, del estudio de la jurisprudencia menor al respecto, se desprende lo siguiente:

1. El grado de deterioro del inmueble es signo de la despreocupación por parte de su poseedor, con respecto del mismo⁸³.
2. El hecho de que el inmueble no disponga de ningún mecanismo de cierre es indicio de abandono. A *sensu contrario*, la disposición de barreras a la entrada ilegítima es manifestación de la voluntad de exclusión del propietario respecto de terceros e implica la existencia de una relación posesoria merecedora de protección penal⁸⁴.
3. Que el mismo no disponga de condiciones de habitabilidad (agua, luz...), que posibiliten su uso legal como vivienda en el caso de que éste fuera su destino natural, puede ser también signo de abandono. Por el contrario, la situación inversa excluirá la apreciación de esta circunstancia⁸⁵.
4. Que el propietario se encuentre al corriente del impuesto de bienes inmuebles descarta que el abandono del inmueble.
5. El hecho de que se hallen enseres del titular del derecho de posesión en el interior del inmueble también elimina la posibilidad de entenderlo como abandonado⁸⁶.
6. Por último, se consideran no abandonados, pese a su posible estado de deterioro, los inmuebles en proceso de venta, restauración o rehabilitación⁸⁷. Con respecto a este último punto, parece bastar con que la propiedad afirme tener obras en proyecto, sin que deba demostrar fácticamente la veracidad de esta alegación⁸⁸.

A la vista de lo anterior, puede concluirse que, en función del contenido del que dota la jurisprudencia al concepto de inmueble abandonado, en la práctica el criterio reseñado no sirve verdaderamente para limitar el alcance del tipo. En efecto, porque son muchos los requisitos que se exigen para llegar a determinar que un inmueble está realmente

⁸³ STSJ Madrid 1097/2001, de 9 de octubre (Juan Francisco López de Hontanar Sánchez); SAP Madrid 131/2005, de 22 de febrero (Miguel Hidalgo Abía); SAP Segovia 97/1998, de 29 de octubre (Andrés Palomo del Arco).

⁸⁴ SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paul Velasco).

⁸⁵ SAP Las Palmas 118/2009, de 30 de junio (M^a Oliva Morillo Ballesteros); SAP Barcelona, de 14 de noviembre (Juan Carlos Hortal Ibarra); SAP de Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).

⁸⁶ SAP Barcelona, de 14 de noviembre de 2006 (Juan Carlos Hortal Ibarra).

⁸⁷ SAP Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).

⁸⁸ SAP Zaragoza 374/2003, de 24 de noviembre (Manuel María Rodríguez de Vicente Tutor).

abandonado y quedan fuera del concepto inmuebles respecto de los cuales el poseedor⁸⁹ ha renunciado al ejercicio de su posesión y cuya ocupación no comporta menoscabo alguno del bien jurídico protegido. Llega a considerarse indicio de la falta de abandono del inmueble por parte del propietario incluso el hecho de que el inmueble por su situación y características tenga un alto valor económico. Así, según los criterios aportados por la denominada jurisprudencia menor, parece que únicamente podrían subsumirse en el concepto de “abandonado” los bienes inmuebles rurales en estado ruinoso, o bien ciertas naves industriales situadas en zonas periféricas, pero en un estado verdaderamente deteriorado, sin elementos de cierre, y no sujetas a inspecciones regulares por parte de la propiedad⁹⁰. Así las cosas, queda claro que, en la práctica, la restricción del tipo es mínima.

A todo ello se añade el hecho de que el inmueble se presume “no abandonado” y, como se verá más adelante, en la fase procesal instructiva en la práctica no se acuerdan las medidas necesarias para conocer la verdadera situación del mismo⁹¹. Así, del hecho de que el propietario interponga denuncia, los jueces generalmente extraen la conclusión de que el inmueble en cuestión no está abandonado. Tal presunción unida a la falta de instrucción en relación a este aspecto, reduce al mínimo los supuestos en los que se archiva el caso por este motivo.

1.1.C.b. Toma de postura

Debe precisarse, en primer lugar, que no es equivalente “inmueble abandonado” e “inmueble en estado de abandono”. En este sentido, el inmueble en estado de abandono puede estar abandonado o no estarlo. Así, al utilizar el calificativo “abandonado” no me refiero a cierta apariencia de descuido o de deterioro, sino a la relación existente del propietario del inmueble respecto de éste.

Según el sentido que aquí se le da al calificativo “abandonado”, el inmueble abandonado es aquel sobre el cual el propietario no ejerce ni pretende ejercer ninguna de las facultades dimanantes de su derecho de dominio, así como, en función de la interpretación del bien jurídico que se defiende, aquel bien inmueble respecto del cual el propietario ha hecho total dejación de su derecho posesorio, aunque conserva la facultad de disposición inherente al dominio. Un ejemplo del primer supuesto sería el de un sujeto que carece de descendencia y va a vivir a otro país sin plantearse volver a España, dejando de atender sus obligaciones de mantenimiento del inmueble y el pago del IBI. Ejemplo del segundo, sería el del inmueble que es conservado con fines

⁸⁹ Según la línea jurisprudencial examinada, el poseedor no propietario también puede ser sujeto pasivo del delito estudiado.

⁹⁰ SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paul Velasco).

⁹¹ Véase *infra* II.2. La fase de instrucción. Las diligencias previas..

exclusivamente especulativos, sin que su propietario tenga interés alguno en el ejercicio de su derecho de posesión respecto del mismo.

El segundo caso apuntado plantea más problemas que el primero, dado que debe determinarse qué se entiende exactamente por posesión civil, a efectos de poder concretar en qué casos el propietario de un inmueble ha hecho dejación de este derecho. Como ya se indicó⁹², el art. 430 CC dispone: “Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.” Según lo anterior, la posesión civil es igual a la posesión natural, sólo que se le añade el *plus* de que quien la ejerce lo hace con “la intención de haber la cosa o derecho como suyos”⁹³. Me interesa remarcar lo anterior porque, en el marco de la corriente jurisprudencial que se está aquí analizando de forma paralela, existe la tendencia a contraponer la posesión natural a la civil, alegando que la primera es “material” y la segunda meramente “formal”⁹⁴. Pero, en mi opinión, ni siquiera cuando el poseedor civil de un inmueble cede la posesión inmediata, su derecho deja de ser material. Esto es así, en primer lugar, porque la posesión principal es la mediata, siendo la inmediata subsidiaria de la primera⁹⁵. En este sentido, la existencia de una posesión inmediata es precisamente una de las posibles consecuencias del ejercicio material del derecho de posesión civil. Pero es que, además, el poseedor mediato conserva atributos propios del poseedor en concepto de dueño, que suponen el ejercicio de una posesión real sobre el inmueble. Así, la posibilidad de realizar trabajos de mantenimiento o de reforma, así como de supervisión de que la relación de los poseedores inmediatos respecto del inmueble esté en orden.

Una vez aclarado que el concepto de posesión civil no hace referencia a un atributo meramente formal, aquí se procede a analizar su contenido. Como ya se ha expuesto, el Código Civil se refiere a la posesión civil como “la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho” ejercidos con “la intención de haber la cosa o derecho como suyos”. Tal y como está redactado el precepto, se entiende que “tenencia” es para la “cosa”, como el “disfrute” lo es para el “derecho”. Así, la posesión civil implica un disfrute de la cosa y, trasladado al tema que nos ocupa, se traduce en un disfrute de un bien inmueble. Este “disfrute” debe ejercerse, además, con “la intención de haber la cosa o derecho como suyos”. En otras palabras, debe practicarse “en concepto de dueño”.

⁹² Véase *supra* I.2. Toma de postura.

⁹³ En este sentido, AAP Girona 387/2004, de 25 de noviembre (Fátima Ramirez Souto).

⁹⁴ SAP Cádiz 36/2013, de 29 de enero (Juan Carlos Campo Moreno); SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Forten Cebrián); SAP Guipúzcoa 32/2010, de 15 de febrero (Juana María Unanue Arratibel)

⁹⁵ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho patrimonial*, pp. 647-653.

Según lo expuesto y como ya se ha manifestado con anterioridad⁹⁶, entiendo que un sujeto ejerce su posesión civil sobre un inmueble, cuando usa y disfruta efectivamente del mismo conforme a la finalidad del bien en cuestión y como si de su “dueño” se tratase. En este punto debe concretarse qué es lo que el dueño de un inmueble puede hacer respecto a éste, en el ejercicio de su derecho de posesión civil. En primer lugar, no cabe duda de que puede desarrollar el uso directo y continuo del inmueble, ya sea para habitarlo o utilizarlo de otro modo acorde con su finalidad. También, como ya se ha indicado, otra manifestación del ejercicio de su derecho es la posibilidad que tiene de cederlo en arrendamiento o precario o incluso de disponer de su derecho⁹⁷. Por último, otra exteriorización del derecho posesorio, por parte del “dueño” de un inmueble, son los trabajos de conservación, obra, reforma (etc.).

Una vez concretado el contenido del concepto de posesión civil, considero que el significado de la expresión “inmueble abandonado” debe integrarse de forma negativa. Así, se reputará abandonado, a los efectos de una interpretación acorde con el bien jurídico defendido, el inmueble respecto del cual el poseedor civil no ejerce un uso y disfrute efectivo, conforme a lo que dicta su finalidad y a lo que un dueño haría. Según las diferentes manifestaciones del ejercicio del derecho de posesión civil recogidas, no se considerarán abandonados aquellos inmuebles que estén siendo utilizados directamente por su propietario, tampoco los que se hallen en alquiler o en venta, ni aquellos respecto de los cuales el propietario tome medidas para su supervisión y conservación y se preocupe de mantener en buen estado los medios de exclusión de terceros. Por el contrario, considero que el pago del IBI, por sí sólo, no demuestra que el propietario se halle ejerciendo su facultad de uso y disfrute del inmueble sino que es únicamente garantía de su interés en conservar el dominio para poder disponer del inmueble, probablemente con fines especulativos.

A *sensu contrario*, se considerarán bienes abandonados aquellos respecto a los cuales el propietario ha descuidado sus deberes de conservación y mantenimiento, de forma que han dejado de ser aptos para cumplir con la finalidad que les es propia. Así, por ejemplo, podría considerarse abandonada la vivienda que carece de condiciones de habitabilidad o el almacén con el tejado deteriorado, de manera que no permite conservar adecuadamente la mercancía. También entiendo que constituye un signo de abandono de la posesión del inmueble el hecho de que carezca de medios de exclusión de terceros o que éstos se hallen rotos. La regla general que deberá observarse será tomar en consideración si el propietario del inmueble se halla ejerciendo su posesión en concepto de dueño en cada caso concreto, para determinar si el inmueble se halla o no

⁹⁶ Véase *supra* I.2. Toma de postura.

⁹⁷ Me refiero a la posibilidad de disposición del derecho de posesión. En el caso del propietario del bien, al vender el inmueble traspassa todas las facultades inherentes al derecho de dominio. También el usurpador, como poseedor en concepto de dueño, puede realizar estos actos cuando cede el inmueble por un tiempo a otro sujeto o cuando decide abandonarlo definitivamente y dejar a otra persona en su lugar.

abandonado y su ocupación puede excluirse del ámbito de aplicación del tipo objeto de análisis.

1.3.D. Conclusión.

En resumen, de lo expuesto anteriormente, se llega a la conclusión de que la denominada jurisprudencia menor ha restringido, al menos desde una perspectiva formal, la aplicación del tipo estudiado a aquellos supuestos en los que se da una real afección del bien jurídico posesión. Así, se entiende que no entran dentro del ámbito de aplicación del tipo los usos esporádicos ni las ocupaciones de inmuebles abandonados. Estos supuestos deberán ser enjuiciados por el derecho civil.

En este sentido, la jurisprudencia ha acogido la doctrina del Tribunal Constitucional que reconoce, siempre dentro del respeto al mandato de legalidad⁹⁸, cierta función a los jueces y tribunales⁹⁹, en relación a la protección de los principios constitucionales, y que les impone, en el marco de las diversas interpretaciones posibles de un determinado precepto, el deber de optar por aquella que sea conforme con el texto constitucional¹⁰⁰.

No obstante, una vez examinados los criterios reseñados, debe señalarse que la referida restricción del tipo es más aparente que real. En este sentido, en relación a la atipicidad de las ocupaciones esporádicas, la constatación de una corta duración de la ocupación no sirve como indicio suficiente para eludir la aplicación del tipo. Por su parte, por lo que respecta a la exclusión del ámbito de aplicación del tipo de los inmuebles abandonados, son tantos los requisitos exigidos para que el inmueble sea calificado como abandonado, que finalmente son pocos los supuestos que no quedan amparados por la protección penal debido a este motivo.

⁹⁸ DIEZ-PICAZO JIMENEZ, L. M., “El principio de legalidad penal en la Constitución Española”, pp. 1933-1950. En la jurisprudencia: STC 129/2006, de 24 de abril (Emilia Casas Baamonde); STC 48/2006, de 13 de febrero (Pascual Sala Sánchez); ATC 306/1997, de 17 de septiembre (Eugeni Gay Montgalvo), en el que se expone que “(...) no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna e inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad penal”.

⁹⁹ Al respecto de la libertad de que goza el juez en el marco del principio de legalidad, es interesante la STC 228/2002, de 9 de diciembre (Eugeni Gay Montgalvo). Esta sentencia expone que “el principio de legalidad penal no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento”.

¹⁰⁰ STC 101/2008, de 24 de julio (Ramón Rodríguez Arribas); STC 83/2008, de 17 de julio (Manuel Aragón Reyes); STC 81/2008, de 17 de julio (Manuel Aragón Reyes); STC 59/2008, de 14 de mayo (Pascual Sala Sánchez). También DE LA CUADRA SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO, T., “Posible inconstitucionalidad de la Ley de impuestos especiales (Inconstitucionalidad y principio de interpretación de la ley conforme a la CE)”, pp. 41-62; BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, pp. 170 y ss.

Desde la postura que aquí se mantiene, se prefiere la expresión “uso esporádico” a los términos “ocupación esporádica” empleados por la jurisprudencia. El motivo de lo anterior es que la fundamentación de la exclusión de estos “usos” del ámbito de aplicación del tipo es precisamente el hecho de que no constituyen “ocupaciones” o tomas de posesión del inmueble. Por otra parte, para poder reputarse atípicos, estos “usos” del inmueble han de ser esporádicos, es decir, ocasional. Un indicio relevante de si nos hallamos ante un “uso” o ante una auténtica toma de posesión vendrá determinado por el hecho de que el sujeto en cuestión haya dispuesto o no de medios de exclusión de terceros.

Con respecto al contenido del concepto de inmueble abandonado, aquí se ha defendido que el mismo se halla integrado por aquel bien respecto del cual su propietario ha hecho dejación de su derecho de posesión civil. Es decir, no lo usa directamente, ni lo posee de forma mediata a través de una forma de cesión de la posesión (arrendamiento, precario), ni lo pone en venta en el ejercicio de su facultad de disposición que también atañe a su derecho de posesorio, ni cumple respecto del mismo con sus deberes de mantenimiento, ni establece barreras de exclusión de terceros, ni se preocupa de que el inmueble se halle en las condiciones adecuadas para el desarrollo de la utilidad que le es propia.

Por el contrario y, a diferencia de lo dispuesto por la línea jurisprudencial analizada, entiendo que el hecho de que el inmueble en cuestión tenga un elevado valor económico o que su propietario se halle al corriente del pago del IBI no son factores que excluyan en sí mismos la consideración de abandono del inmueble desde la perspectiva del bien jurídico posesión.

La postura que aquí se defiende tiene como consecuencia una notable restricción del ámbito de aplicación del tipo, que supone la exclusión de: a) las perturbaciones realizadas contra el poseedor no propietario; b) las ocupaciones de inmuebles abandonados; las ocupaciones esporádicas; c) y las situaciones de prolongación de la ocupación del inmueble, por parte del arrendatario, cuando el arrendador-propietario se opone¹⁰¹. Entiendo que esta restricción del ámbito de aplicación del tipo es apropiada por los siguientes motivos:

1. Desde una perspectiva político-criminal y de conformidad con la Constitución, tal restricción es adecuada en relación a los principios de *ultima ratio* e intervención mínima que deben orientar la interpretación del derecho penal en el marco del respeto del principio de legalidad.

¹⁰¹ Aquí se defiende, que el recurso al derecho penal es desproporcionado, para tratar estas situaciones. En contra de lo anterior se manifiesta: MAGRO SERVET, V., “La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres”, pp. 1891-1900.

2. En atención al conjunto del ordenamiento, es coherente con la existencia de una regulación civil paralela que no debe quedar vacía de contenido.
3. Desde una óptica de valoración jurídico-penal, los supuestos de hecho que quedan excluidos del ámbito de aplicación del tipo, además de no ser verdaderos actos de usurpación, revisten escasa gravedad en relación a la afectación que ocasionan al bien jurídico protegido.

Ciertamente, esta interpretación que planteo no permite dar protección al poseedor material no propietario frente a las ocupaciones consentidas por éste. Ello impide que el tipo estudiado dé solución a problemas como el del llamado “*mobbing* inmobiliario”, en supuestos en los que el propietario introduce a terceras personas en el inmueble para perjudicar al arrendatario del mismo, por ejemplo. No obstante, esta cuestión ya se halla regulada en el marco del tipo de coacciones (art. 172 CP) y de los delitos contra la integridad moral (arts. 173 a 177 CP). En este sentido, una previsión más no haría sino generar más problemas concursales, si cabe¹⁰².

Tampoco permite la apreciación del tipo cuando es el mismo propietario quien realiza la ocupación. No obstante, la aplicación a este supuesto ya está excluido, además de por el bien jurídico protegido, por la redacción típica, esto es, por la expresión “titular del inmueble” y por el término “ajeno”¹⁰³. Entiendo que ello es así porque en el momento de redacción del precepto, lo que urgía al legislador era acabar con los conflictos generados por el movimiento “okupa”¹⁰⁴ y permitir una vía rápida a los propietarios con inmuebles usurpados que se hallaran cumpliendo una función social, para recuperar su posesión material sobre los mismos. No estaba pensando en resolver los conflictos derivados de la relación arrendador-arrendatario.

II. Características del tipo y objeto material.

El art. 245.2 CP describe dos conductas. Dado que ambas son susceptibles de realizar el tipo de forma independiente, configuran un tipo mixto alternativo. La primera conducta típica -ocupar un inmueble ajeno sin el consentimiento de su titular- describe una acción que no requiere de la subsiguiente producción de un resultado y que se consuma con la

¹⁰² Sobre problemas concursales véase: RAGUÉS I VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. (coord.), *Los delitos de robo: Comentarios a la Jurisprudencia*, pp. 31-46.

¹⁰³ Ante una ocupación de inmueble que no constituye morada por parte del propietario-arrendador del mismo, el arrendatario podrá interponer denuncia por coacciones o demanda por incumplimiento contractual, pero nunca por usurpación, porque el bien inmueble no le es ajeno a su propietario.

¹⁰⁴ Este movimiento considera injusto que haya sujetos que ejerzan el dominio respecto de varias propiedades, mientras otros no pueden acceder a ninguna.

toma de posesión del inmueble en concepto de dueño, siendo atípica la situación subsiguiente de uso y disfrute del inmueble sin el consentimiento del propietario. Esta modalidad típica supone la lesión efectiva de la posesión civil del titular del bien¹⁰⁵. Ello es así en la medida que conlleva la usurpación de este derecho y, por tanto, implica la adquisición de la posesión del bien en concepto de dueño por parte del usurpador y el consecuente despojo del derecho de uso y disfrute del propietario, sobre el inmueble del que es titular. Así, pues, la modalidad en cuestión se configura como un tipo de acción, de mera actividad, instantáneo y de lesión.

Por su parte, la segunda conducta típica -mantenerse en el inmueble ajeno contra el consentimiento del titular- se realiza con una acción que no tiene por objeto la producción de un resultado y que se consuma en el instante en que se usa y disfruta del inmueble ajeno en concepto de dueño, conociendo la oposición del propietario. Ahora bien, en este caso, el uso y disfrute posterior a la consumación también es típico¹⁰⁶. En este sentido, el tipo es de acción, de mera actividad y de realización permanente. Por otra parte, esta segunda conducta también lesiona de forma efectiva la posesión civil del propietario, pues supone el mantenimiento de la situación de despojo de la posesión civil.

En cuanto al objeto material, en función de la redacción del precepto estudiado, éste es “el inmueble, vivienda o edificio ajeno, que no constituya morada”. En este epígrafe se procederá a analizar el contenido de cada uno de los términos anteriores. Así, en primer lugar, se referirá el contenido del concepto de “bien inmueble” desde la perspectiva del derecho penal, que difiere de su acepción civilista. Por ejemplo, no se reputarán bienes inmuebles desde la concepción penalista: “los abonos destinados al cultivo de la heredad”, o “las concesiones administrativas de obras públicas” (arts. 334.7º y 334.10º CC). Por otro lado, se constatará que en el caso del tipo estudiado, el concepto de “inmueble” hace referencia a las viviendas y edificios, en la medida en que estos dos términos, que le siguen en la redacción típica, tienen la función de restringir y definir su contenido.

En relación al contenido del término “ajeno”, se analizarán las normas interpretativas de los preceptos (art. 3.1 CC), y se resolverá que éste se refiere a aquel bien inmueble que

¹⁰⁵ SAP Barcelona 217/2001, de 16 de enero (Montserrat Arroyo Romagosa). En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias siguientes: SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Fortén Febrián); SAP Madrid 419/2006, de 11 de mayo (Fernando Fabrián Fortén); AAP Barcelona 315/2010, de 15 de abril (José M^a Assalit Vives). En sentido contrario, manifestando que se trata de un tipo de peligro: AAP Guadalajara 104/2006, de 30 de junio (Concepción Espejel Jorquera); SAP Alicante 542/2005, de 8 de noviembre (M^a Dolores Ojeda Domínguez); SAP Madrid 598/2001, de 20 de julio (José M^a Celemín Porrero).

¹⁰⁶ En este sentido, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 147.

no es propiedad del que lo ocupa. En función de lo anterior, la “ajeneidad” se predicará incluso del arrendatario del mismo. Por último, se determinará el contenido del concepto de “morada”, en la medida en que constituye un elemento negativo del tipo¹⁰⁷.

II.1. Concepto de inmueble

Con respecto al primero de los términos que integran el objeto material, esto es el concepto de “inmueble”, la doctrina ha adoptado dos posturas contrapuestas. Así, por una parte, un sector doctrinal ha considerado que debía ser de aplicación el mismo concepto utilizado en el derecho civil y contenido en el art. 334 CC en su totalidad¹⁰⁸. Este artículo recoge diez supuestos que se reputan inmueble desde la acepción privatista. De estos nueve casos, el 1º, el 8º y el 9º se refieren a bienes inmuebles en el sentido común del término, es decir, a objetos que no pueden ser trasladados, sin sufrir un menoscabo esencial en su estructura¹⁰⁹. Así, por ejemplo: “Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo tipo adheridas al suelo” (art. 334.1º). Pero, también: “(...) las aguas vivas o estancadas (...)” (art. 334.9º)¹¹⁰.

El resto de supuestos previstos en el mencionado precepto pueden ser susceptibles de transporte y, por ello, de aprehensión y sustracción¹¹¹. En este sentido, por ejemplo: “Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra (...)” (art. 334.3º). También: “Los abonos destinados al cultivo (...)” (art. 334.7º). Los autores que defienden que también estos últimos casos deben reputarse “inmuebles”

¹⁰⁷ Aquí la expresión “elemento negativo del tipo” no se emplea en el sentido en que lo hace MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 447 y los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

¹⁰⁸ Véase VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1204.

¹⁰⁹ Art. 334. 1º CC: “Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo”; 334.8º: Las minas, carreteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas”; 334.9º: “Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa”.

¹¹⁰ La distracción del curso de estas aguas constituye un delito de usurpación o desviación de aguas y, por ello, no entraría dentro del ámbito de aplicación del tipo (art. 247 CP).

¹¹¹ Art. 334.2ºCC. “Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble”; 334.3º “Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto”; 334.4º “Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo”; 334.5º “Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma”; 334.6º “Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente”; 334.7º “Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse”; 334.10º “Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”.

desde el punto de vista penal indican que, pese a poder ser trasladados, estos bienes también pueden ser objeto de ocupación¹¹².

En cambio, el sector doctrinal mayoritario ha entendido que el derecho penal debe manejar un concepto autónomo de bien inmueble, con un contenido más restringido que el civil¹¹³. En este sentido, en derecho penal deben reputarse inmuebles los denominados “inmuebles por naturaleza” que se corresponden con los supuestos 1º, 8º, 9º del art. 334 CC. La toma o sustracción de cualquiera de los otros bienes recogidos en el resto de supuestos del art. 334 CC sería, en su caso, constitutiva de un delito de robo o hurto, y no de una usurpación de inmueble.

Esta segunda postura encuentra apoyo en el propio Código Penal. En efecto, éste extiende el concepto de “cosa mueble” a supuestos que según el Código Civil son inmuebles. Así, se considera delito de robo o de hurto la sustracción de cosas adheridas a inmuebles, formando parte integrante de éstos, o siendo pertenencias de los mismos. En este sentido, el concepto penal de “cosa mueble” es de naturaleza funcional y se refiere a todo aquel objeto que puede ser movilizado, es decir, separado fácilmente del patrimonio de una persona e incorporado al del agente. Lo anterior reduciría el concepto de inmueble a los objetos que no pueden ser trasladados, sin sufrir un menoscabo esencial en su estructura. Nuestra jurisprudencia mayoritaria también se manifiesta a favor de un concepto penal autónomo de bien inmueble. Así, realiza una interpretación gramatical del precepto y entiende que los términos “vivienda” y “edificio”, que siguen al de inmueble, sirven para restringir el concepto demasiado amplio de éste, tal y como se emplea en el art. 334 CC¹¹⁴.

Concuerdo con esta última interpretación. En efecto, los términos “vivienda” y “edificio” no añaden nada al concepto de inmueble, dado que el supuesto 1º del mencionado art. 334 CC ya incluye ambos términos, en el marco del contenido del concepto de bien inmueble. Esto lleva a pensar que el hecho de que figuren, en el art.

¹¹² VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1204.

¹¹³ Véase, entre otros, HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, p. 49; PEREZ MANZANO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, pp. 420-436 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, p. 383.

¹¹⁴ En sentido contrario se manifiesta SAP Cáceres 427/2011, de 14 de diciembre (Valentín Pérez Aparicio), que considera subsumible en el tipo estudiado la ocupación de un terreno mediante tuberías. Por otra parte, AAP Castellón 432/2005, de 19 de abril (Luis Antón Blanco), insta al juzgado de instrucción *a quo* a admitir la denuncia interpuesta contra la ocupación de un amarre deportivo, al entender que ha de examinarse en mayor profundidad el caso, por poder ser los hechos constitutivos de un tipo de usurpación o de coacciones. En nuestra doctrina, MARTÍ MARTÍ, J., “Proceso de deshaucio frente a los colectivos ‘ocupas’”, pp. 5-8; MARTÍ MARTÍ, J., “Los colectivos ‘ocupas’ y la respuesta del derecho penal”, pp. 1-4.

245.2 CP, al lado del término inmueble, tiene algún cometido más allá de la mera reiteración. En concreto, parece que desarrollan una función de limitación.

Por otra parte, esta interpretación también es más acorde con el elemento gramatical. En virtud del mismo, si el legislador ha definido algún término expresamente para alguna materia, tendrá este significado legal en el marco de la misma y, en el resto, seguirá imperando su sentido natural y obvio, según el uso general. Considero que el significado común del término inmueble es precisamente el de vivienda o edificio. Difícilmente alguien no versado en el lenguaje jurídico va a considerar inmueble una carretera y aún menos un árbol frutal o los abonos destinados al cultivo de una heredad.

También el elemento teleológico apunta en la misma dirección. En este sentido, debe tenerse en consideración que el tipo estudiado se incluyó en el CP₉₅ para frenar el avance del movimiento “okupa” que había proliferado de forma alarmante en los años 90. Este colectivo se centraba en la ocupación de viviendas, para habitar en ellas y de edificios, para crear “centros sociales”.

En función de lo expuesto, coincido plenamente con la postura que defiende la necesidad de configurar un concepto autónomo de bien inmueble a efectos del derecho penal. Sin duda entiendo que deben quedar excluidos los bienes susceptibles de transporte, aprehensión y sustracción. Asimismo, me adhiero a la interpretación que hace nuestra jurisprudencia de bien inmueble a los efectos del delito estudiado y considero que su significado se integra a partir de los términos “vivienda” y “edificio”¹¹⁵. En consecuencia con lo anterior, considero que respecto del tipo estudiado el concepto de bien inmueble no abarcaría ni siquiera la totalidad de los denominados “inmuebles por naturaleza”. En este sentido, cuando más adelante se aborde cuál es a mi entender el alcance del verbo típico “ocupar”¹¹⁶, expondré que el mismo significa: “tomar posesión de un espacio”. Así, no sería inmueble, a los efectos del precepto estudiado, todo aquel bien que no consistiera en un espacio cerrado. Por otra parte, como se verá cuando me refiera al momento consumativo¹¹⁷, a mi parecer la toma de posesión se completa: 1. Cuando se quiebran las barreras dispuestas por el propietario del bien para impedir el uso y disfrute de terceros ajenos. 2. Cuando se disponen los medios necesarios para posibilitar el uso y disfrute en exclusiva. De esta forma, quedaría fuera del contenido del concepto de inmueble todo aquel bien respecto del cual no se pueda tomar posesión en los términos expresados.

Respecto a las parcelas de terreno, en función de lo expuesto hasta el momento, únicamente sería típica la ocupación de aquéllas que dispusieran de medios de exclusión

¹¹⁵ En sentido contrario se manifiesta MARTÍ MARTÍ, J., “Los colectivos ‘ocupas’ y la respuesta del Derecho Penal”, pp. 1-4.

¹¹⁶ Véase *infra* III.1.B. Toma de postura.

¹¹⁷ Véase *infra* III.1.B. Toma de postura.

de terceros, que fueran adyacentes a un edificio o vivienda y que pudieran reputarse como parte de éstos. Al respecto de la ocupación del terreno perteneciente a una finca rústica militar, la STS 800/2014 entiende que se trata de un caso de usurpación de inmuebles. El terreno en cuestión se hallaba vallado y, para entrar en el mismo, los usurpadores destruyen la cadena que impide el acceso¹¹⁸.

II.2. Significado de “ajeno”.

En segundo lugar, en relación al objeto, el precepto estudiado indica también que el inmueble ha de ser “ajeno”. En coherencia con la interpretación que he hecho acerca del bien jurídico protegido por el tipo, el término “ajeno” debe referirse a aquel inmueble del que no es propietario el autor de la conducta. Nuevamente, en virtud de la literalidad del tipo y en ausencia de interpretación auténtica, hemos de atenernos al uso común y general de la palabra. Este uso no es otro que el de “lo que no es propio”; es decir, lo que es propiedad de otro. Lo anterior implica, de un lado, que aquello que se califica como ajeno tiene un propietario¹¹⁹ y, de otro, que éste no es el que lo ocupa.

Lo expuesto se ve confirmado por el elemento sistemático en dos sentidos: 1. Tal es el significado del que dota al término el derecho civil¹²⁰. 2. En el hurto se regula expresamente el *furtum possessionis*. Así, el art. 234 CP, tipifica la conducta del que “(...) con ánimo de lucro tomare cosas muebles 'ajenas' (...)”. En el mismo Capítulo, el art. 236 CP castiga con menor pena al “dueño” de una cosa mueble que la sustrae del legítimo poseedor. En virtud de lo anterior, parece que el art. 236 CP existe para introducir un tipo que, de no estar, no quedaría comprendido en el básico del art. 234 CP. Ello es así, en la medida en que este último, al emplear el término “ajeno”, excluye al propietario del bien como sujeto pasivo de la conducta típica. Por otra parte, el hecho de que no se haya hecho una previsión semejante respecto de la usurpación pacífica de inmuebles implica que, en este caso, el legislador no quería castigar la conducta del propietario que pudiere usurpar el inmueble en perjuicio de su legítimo poseedor. Además, de entenderlo de otra forma, podríamos llegar al absurdo de declarar que un inmueble le es “ajeno” a su titular.

¹¹⁸ La STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

¹¹⁹ En este sentido, la ajenidad no puede predicarse de las denominadas *res nullius* y de las *res derelictae*.

¹²⁰ En sentido contrario, NOGUEIRA, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 88-90, manifiesta que esta acepción no es suficiente para el derecho penal, dado que en ocasiones se produce la paradoja de que al propietario de un determinado bien le es ajeno su uso y disfrute. Por ello, tal y como concluye este autor, “cuando la ley penal menciona la ajenidad de la cosa, no intenta referirse de modo necesario a la propiedad en el sentido civil, sino que a lo que se refiere es a que la titularidad del derecho real usurpado pertenezca a otro y que este derecho real sea de mayor relevancia jurídica del que eventualmente pueda ostentar el autor”.

Es cierto que, en función de la interpretación defendida, se entendería que el inmueble le es ajeno al arrendatario del mismo, por lo que éste teóricamente podría realizar el tipo. No obstante, como ya se ha explicado con anterioridad¹²¹, el arrendatario de un inmueble no puede ser autor del delito estudiado, porque su posesión no es en concepto de dueño y es dependiente de la posesión mediata del propietario del inmueble¹²². Así las cosas, no supone, en ningún caso, un acto de usurpación.

Por tanto, cualquier conflicto que surja entre propietario y arrendatario durante la vigencia del contrato deberá resolverse por la jurisdicción civil. En cuanto al precarista, si puede demostrarse la vigencia de un pacto de precario sujeto a cierta duración, o si el precario se constituyó en base a un consentimiento tácito del propietario por dejación de su dominio, como ocurre en el caso de los inmuebles abandonados, entonces también será competente la jurisdicción civil para tratar cualquier conflicto que se genere. Ello se deriva: 1. Del elemento sistemático, que obliga, dada la existencia de una doble regulación sobre tema, a diferenciar en qué casos es competente la jurisdicción civil y en cuáles la penal¹²³. 2. De los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*, que imponen a castigar penalmente únicamente lo ataques más graves contra el bien jurídico protegido¹²⁴.

A partir de aquí, es interesante determinar cuál es la jurisdicción competente para decidir sobre de la ajenidad de un inmueble. El art. 6 LECrim no deja duda al respecto: “si la cuestión prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella, cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”. No obstante, tal y como apunta BAUCELLS I LLADÓS¹²⁵, en los casos en los que la titularidad de un bien inmueble se está tratando en el marco de un proceso civil ya abierto, a pesar de existir un título de propiedad auténtico, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 4 LECrim y suspenderse el procedimiento penal hasta que se resuelva el civil¹²⁶.

II.3. Elemento negativo del tipo: “(..) que no constituyan morada”.

Por último, el objeto material del tipo se completa con el hecho de que los anteriores bienes inmuebles ajenos no constituyan “morada”, puesto que las entradas no consentidas en morada ajena ya están tipificadas como “allanamiento de morada” (art.

¹²¹ Véase *supra* I.2. Toma de postura.

¹²² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, pp. 647-653.

¹²³ En caso contrario, se correría el riesgo de vaciar completamente de contenido las disposiciones civiles.

¹²⁴ En el caso de admitir la penalización de estas conductas, se correría el riesgo de criminalizar la mera litigiosidad.

¹²⁵ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 156.

¹²⁶ SALOM ESCRIVÁ, J. S., “Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales”, p. 45.

202 CP). Nuestro legislador no ha definido expresamente el contenido del concepto de “morada”. No obstante, aparece mención de este término en tres preceptos del Código Penal, además de en el delito estudiado¹²⁷. Así, en el art. 202.1 CP, referente al allanamiento de morada; en el art. 241 CP y 242.2, que agrava la pena del delito de robo cuando se comete en casa habitada; y en el art. 20.4 CP, relativo a la legítima defensa de morada. En función de los criterios interpretativos recogidos en el art. 3 CC, entiendo que en ausencia de definición legislativa expresa, para integrar el concepto de morada debe partirse del significado de este término en el lenguaje común y, a continuación, ajustarlo en observancia del uso que hace del mismo el Código Penal.

En este sentido, según la definición que consta en el Diccionario de la Lengua, de la Real Academia Española, morada es “la estancia de asiento o residencia algo continuada en un lugar”. También se entiende como “lugar donde se habita”. A continuación procede analizar si esta significación corresponde al uso que hace del término el Código Penal en los artículos que se han reseñado y, en caso afirmativo, cómo concretan o amplían estos preceptos el contenido del concepto estudiado.

II.3.A. El concepto de morada en el art. 202 CP.

El art. 490 del CP⁷³ tipificaba el allanamiento de “morada ajena”. Por su parte, el art. 492 excluía del ámbito de aplicación típico los “cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieran abiertas”. Esta regulación ocasionó una discusión doctrinal acerca del contenido del término “morada”.

En este sentido, hubo quienes defendieron un concepto amplio de “morada”¹²⁸. Según esta corriente doctrinal, morada sería un espacio cerrado, separado del mundo exterior, destinado a desarrollar de modo efectivo una actividad humana y que muestra la voluntad de excluir a terceros. Esta definición de “morada” tenía como consecuencia el poder incluir en el marco del concepto espacios tales como los domicilios de las personas jurídicas, despachos profesionales u oficinas, establecimientos mercantiles, etc., que según este concepto amplio encajan perfectamente en esta definición.

Por su parte, una segunda tendencia doctrinal adoptó un concepto estricto de morada¹²⁹. En función del mismo, el término morada se referiría a un espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir

¹²⁷ Véase, al respecto, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La usurpación pacífica de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 157 y ss.

¹²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte especial*, pp. 369.

¹²⁹ SUAREZ MONTES, R. F., *La figura típica en el allanamiento de morada*, pp. 45 y ss.; JORGE BARREIRO, A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don Cerezo Mir*, pp. 1351-1388.

a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar. Este concepto de morada suponía la exclusión de los locales de negocio o de los dedicados a actividades profesionales.

El actual Código Penal resuelve esta discusión doctrinal al introducir en el art. 203 CP el “allanamiento de domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público” fuera de su horarios de apertura. Con lo anterior, se extiende la protección típica a este nuevo objeto material, y se aclara que, aunque equiparable a la “morada” de la persona física en cuanto a su protección, el domicilio de las personas jurídicas y similares no se incluye dentro del concepto de morada.

Así las cosas, parece que nuestro Código Penal opta por el concepto estricto de morada. Éste se caracteriza, en función de lo dispuesto por la segunda tendencia doctrinal apuntada, por tres atributos: 1. Se trata de un espacio abierto o en parte cerrado, pero separado del mundo exterior. 2. Está constituido de manera que se evidencia la voluntad del morador de excluir a terceros. 3. Está dedicado al ejercicio de la vida privada¹³⁰.

II.3.B. La casa habitada en el art. 241.1 CP.

El art. 241.1 CP agrava la pena del delito de robo cuando se cometa “en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias”. El segundo apartado de este mismo artículo se refiere a “casa habitada” como “todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”. Por su parte, el párrafo 3º añade: “se considerarán dependencias de casa habitada (...) sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él y con el cual formen una unidad física”.

En función de este precepto se observa: 1. Que el legislador identifica “morada” con “casa habitada”. 2. Que se consideran dependencias de la “morada” y, por ello, integran el contenido de este concepto, los sitios cercados, contiguos al edificio, en comunicación interior con éste y con el que forman una unidad física¹³¹. 3. Que no es

¹³⁰ Al respecto del concepto de morada véase QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, p. 286.

¹³¹ La mayor parte de nuestra doctrina lo ha entendido así y ha considerado incluidas las dependencias en el marco del concepto de “morada”. En este sentido, CARBONELL, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en AAVV, *Derecho Penal. Parte especial*, p. 762; JORGE BARREIRO, A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, p. 1355-1388; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., en el MISMO/SAAVEDRA RUIZ, J., *Delitos contra el patrimonio*, p. 137; MATÍA PORTILLA, F. J., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, p. 815. No obstante, otro sector doctrinal defiende lo contrario y entiende que la asimilación que hace el art. 241 CP (antes arts. 506.2 y 508 CP 1973), entre “morada” y sus

necesario que los moradores se hallen presentes para que el “albergue” tenga la consideración de “casa habitada” o de “morada”.

Nuestra jurisprudencia utiliza asimismo este contenido del término “morada”¹³². Según la doctrina de nuestros tribunales, la palabra “morada” debe ser entendida como albergue o estancia, en el sentido de habitación más o menos continuada. Una persona puede disponer de varias moradas, en la misma o en distintas localidades, con circunstancias ocupacionales o estancias en las mismas. La temporal u ocasional ausencia de sus moradores no priva a una casa del carácter de morada, dado que, por su destino, está en condiciones de constituir el hogar de una o más personas.

Esta posibilidad de que una persona posea más de una “morada” y de que un inmueble pueda constituir la “morada” de alguien, aunque esta persona se halle ausente, supone que cuando éste es utilizado como “segunda residencia” constituye una “morada” y, por lo tanto, no puede ser objeto de usurpación pacífica, aunque se halle vacío en el momento de la entrada en el mismo y por largos períodos de tiempo.

II.3.C. La morada en el art. 20.4. CP.

El art. 20.4 CP refiere que “en caso de defensa de morada o de sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada en aquélla o en éstas”. Nuevamente, este precepto parece incluir en el concepto de “morada” a las dependencias¹³³. A primera vista, el empleo de la conjunción “o” por el precepto reseñado parece plantear una disyuntiva o una alternativa entre dos objetos dispares; tal serían la “morada” y las “dependencias”. No obstante, el determinante posesivo “sus”, que precede al término “dependencias”, indica que las mismas forman parte del contenido del concepto de morada.

II.3.D. La interpretación del término “morada” en función del bien jurídico protegido.

En el marco de nuestra doctrina me parece interesante destacar la postura de BAZA DE LA FUENTE¹³⁴ y BAUCCELLS I LLADÓS¹³⁵ que defienden una interpretación del

dependencias, no puede extrapolarse al concepto de “morada” de los delitos de allanamiento. En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, p. 956.

¹³² STS 1405/1982, de 11 de diciembre (Martín Jesús Rodríguez López); STS 1458/1986, de 11 marzo (Francisco Soto Nieto); STS 852/2014, de 11 de diciembre (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

¹³³ Hay autores que matizan lo anterior y que refieren que deberá estarse al caso concreto a fin de decidir si las dependencias en cuestión pueden incluirse en el marco del concepto de morada. Al respecto, JORGE BARREIRO, A., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), *La conciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, pp. 1351-1388.

¹³⁴ BAZA DE LA FUENTE, L., “El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994”, p.906.

término “morada” en función del bien jurídico protegido por cada delito. Según estos autores, “morada” tendría un significado distinto en el allanamiento de “morada”, en el que se protege la intimidad¹³⁶, que en los delitos de robo o de usurpación, en los que se salvaguarda el patrimonio.

Se trata de una aportación interesante. No obstante, desde la perspectiva del tema que aquí se trata, esta interpretación llega a las mismas consecuencias expuestas más arriba. En efecto, las segundas residencias son consideradas “morada” a los efectos del tipo de allanamiento de morada, pues con la entrada o mantenimiento en un inmueble de tales características se afecta el bien jurídico intimidad. Asimismo, entiendo que también deben considerarse “morada” desde un punto de vista patrimonial, dado que su ocupación supone una lesión en el derecho de posesión de sus propietarios, que forma parte integrante del patrimonio de los mismos. En función de lo anterior, también para estos autores las segundas residencias quedarían fuera del ámbito de aplicación del tipo de usurpación¹³⁷.

II.3.E. Conclusión.

Según lo dispuesto en los puntos precedentes entiendo que “morada” es el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar¹³⁸. El concepto de “morada” integra las dependencias de la misma, siempre que constituyan una unidad funcional con ésta. Por el contrario, quedan excluidos de este concepto los domicilios de las personas jurídicas y los establecimientos abiertos al público, durante el horario de apertura. “Morada” equivale a “casa habitada”, pero no es necesario habitar permanentemente un inmueble para que se considere “morada”, lo determinante es que en el mismo se desarrolle algún aspecto

¹³⁵ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 162 y ss.

¹³⁶ No obstante, debe precisarse que el fundamento de la agravación en el allanamiento de morada es que el bien jurídico protegido no es únicamente la intimidad, sino también el peligro para la integridad de los moradores.

¹³⁷ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 162 y ss.; BAZA DE LA FUENTE, L., “El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994”, p. 907.

¹³⁸ En la doctrina, BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 159; VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 1204 y ss. En la jurisprudencia, STS 1275/1997, de 20 de octubre (Carlos Granados Pérez); SAP Barcelona, 1241/1995, de 23 de junio (María José Feliu Moreli). Según esta definición del concepto de morada, los usurpadores de un bien inmueble, que hacen del mismo su vivienda habitual y desarrollan en éste su vida íntima, constituyen en el mismo su morada y se hallan protegidos legalmente frente a terceros e incluso frente al propietario del mismo. Así, en el caso de que el propietario del bien afectado por la usurpación decida entrar en él sin el consentimiento de los ocupantes, realizará el tipo de allanamiento de morada del art. 202 CP, como se indicará más adelante.

de la vida privada de la persona. En este sentido, las “segundas residencias” se reputan “morada”. Esto último es así en la medida en que cualquier entrada o mantenimiento no consentido en una segunda residencia ajena supondrá en todo caso una afectación del bien jurídico intimidad y tendrá como consecuencia la puesta en peligro de la integridad de los moradores. Por ello, será más desvalorada por el derecho que las mismas conductas realizadas con respecto a un inmueble en el que nadie está desarrollando su vida privada. En consonancia con este diferente grado de desvalor, corresponderá una pena más grave al que realiza las conductas reseñadas con respecto a espacios donde otras personas ejercitan su derecho a la intimidad.

Lo anterior se ve claro si se piensa en el siguiente ejemplo: una familia posee un piso de verano en el cual están todos los enseres. A este lugar accede un grupo de personas con la intención de habitarlo. Creo que es evidente la afectación de la intimidad que supone dicha acción¹³⁹. Así, la conducta indicada se subsumiría en el tipo de allanamiento de morada. No obstante, lo que cabría en el caso de que los autores de los hechos hubieran creído estar realizando una usurpación sobre casa deshabitada, sería apreciar un error de tipo¹⁴⁰.

Así las cosas, parece poder llegarse a la conclusión de que cuando un inmueble es “morada”, cualquier entrada no consentida, cualquier mantenimiento tras un acceso permitido y, lo que aquí parece más interesante, cualquier usurpación del mismo, deben reputarse típicos en virtud del delito de allanamiento de morada. Ciertamente es difícil imaginar un caso de usurpación respecto de un inmueble que constituye la vivienda habitual de un sujeto, pero parece posible que se produzca la ocupación de una segunda residencia. Según todo lo expuesto, dado que las segundas residencias son “morada” y, de que el hecho “que no constituya morada” es un elemento negativo del tipo de usurpación estudiado¹⁴¹, es evidente el legislador ha resuelto el concurso de normas con una regla de subsidiariedad en favor del allanamiento de morada. De lo anterior se deriva una incógnita interesante: ¿Por qué el legislador no castiga con un *plus* la usurpación de inmuebles que constituyen morada? Esta pregunta puede tener dos respuestas: 1. El legislador entiende que el delito del art. 245.2 CP encierra muy poco desvalor y la pena del art. 202 ya lo contempla. 2. El art. 202 CP también protege como bien jurídico la posesión. Probablemente la primera opción es la correcta.

¹³⁹ También podría afectarse la integridad de los moradores. En este sentido, podría plantearse el caso de un grupo de personas que deciden ocupar un inmueble, porque con anterioridad han verificado que estaba vacío, pero que el día de la ocupación está habitado por sus legítimos moradores. En este caso, podría darse una disputa entre usurpadores y moradores.

¹⁴⁰ En relación a la usurpación únicamente procedería la absolució, dado que falta el objeto material del delito. Se trata de un supuesto de tentativa inidónea. Con todo, si han aceptado el sustrato material, sólo existirá error de subsunción.

¹⁴¹ Aquí la expresión “elemento negativo del tipo” no se emplea en el sentido en que lo hacen los defensores de la “teoría de los elementos negativos del tipo”. Al respecto, véase por todos MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 447.

II.4. Conclusión del epígrafe.

Según todo lo expuesto en los apartados precedentes, se entiende que el objeto material del tipo se refiere a aquellas viviendas o edificios que tienen un propietario, pero que no es la persona que los ocupa y que no constituyen, en el momento de la ocupación, el lugar físico cerrado donde alguna persona -sea o no su propietario- se halla habitando, en el marco del desarrollo de su intimidad.

III. Las modalidades típicas.

El art. 245.2 CP establece que “el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”. En función de lo anterior, el precepto tipifica dos conductas diferentes: la de ocupar y la de mantenerse en la ocupación. En este apartado se van a tratar cada una de las dos conductas reseñadas y, dado que son de aplicación alternativa, se establecerá su distinción.

III.1. Ocupar sin autorización debida.

III.1.A. Introducción.

El art. 245.2 CP tipifica, en primer lugar, la conducta de “ocupar sin autorización debida”. En este apartado se comenzará por determinar qué se entiende por “ocupar” y qué significa “sin autorización debida”. Como se verá, nuestra jurisprudencia ha tendido a caracterizar la conducta típica objetiva “ocupar” a través de elementos de naturaleza subjetiva. Con lo que, además de generar confusión, se traslada al ámbito de lo objetivo los problemas probatorios inherentes al plano de lo subjetivo. Para evitar que el presente epígrafe adolezca de la confusión reseñada, empezaremos por la presentación de la postura interpretativa propia respecto del contenido del concepto “ocupar”, y, a continuación, se analizará la interpretación que hacen del mismo nuestra jurisprudencia y doctrina.

III.1.B. Toma de postura.

Como punto de partida, corresponde aquí detallar el contenido del concepto nuclear en el marco de la conducta típica objeto de análisis: “ocupar”. A este respecto, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define el verbo ocupar en tres sentidos que son interesantes en el marco de este estudio. En primer lugar, ocupar es “tomar posesión o apoderarse de un territorio, de un lugar o, de un edificio,

invadiéndolo o instalándose en él.” En segundo lugar, ocupar es “llenar un espacio o lugar”. El mismo diccionario define llenar como “ocupar por completo con algo un espacio vacío”. Por último, ocupar es “habitar una casa”, entendiéndose “habitar” por “vivir o morar”. En virtud de lo anterior y, en función del uso común del lenguaje, entiendo que “ocupar”, en el sentido del art. 245.2 CP, significa tomar posesión de un inmueble ajeno, que no constituye morada, invadiéndolo e instalándose en él.

A partir de aquí, debe retomarse la cuestión del bien jurídico protegido por el tipo: la posesión civil. En su momento, ya se refirió que este derecho del propietario sobre el inmueble se realiza en concepto de dueño, frente a la posesión natural del que no ejerce el dominio sobre el inmueble. También se expuso que, como acto de usurpación, la ocupación prohibida por el precepto estudiado es aquella que desplaza el derecho de posesión del titular del inmueble. En este sentido, se trata de una toma de posesión en concepto de dueño. Por consiguiente, “ocupar” significa, respecto del precepto estudiado, tomar posesión de un inmueble, instalándose en el mismo o invadiéndolo, y actuando como si fuera propio.

Una vez enunciado el contenido del concepto “ocupar” del art. 245.2 CP, debe desglosarse cada uno de los elementos que lo conforman, para esclarecer en qué circunstancias podemos entender que se realiza una “ocupación”.

En primer lugar, la expresión “tomar posesión de un inmueble” implica disponer de la posibilidad de usar y disfrutar del mismo sin ser perturbado. Esta toma de posesión debe venir acompañada de una “instalación” o de una “invasión”, por parte del autor de la misma, en el inmueble en cuestión. Entiendo que los términos “instalarse” e “invadir” hacen referencia a la presencia de personas en el interior del inmueble, o a la apariencia de que, aunque no estén presentes en el momento en cuestión, lo han preparado para hacer uso del mismo. Respecto a la expresión “en concepto de dueño”, entiendo que añade a lo anterior cierto grado de intensidad y durabilidad. Entraña un uso y disfrute en nombre propio, sin reconocimiento de la existencia de un derecho de posesión ajeno sobre el inmueble en cuestión y que, por ello, se ejerce con pleno dominio y con vocación de perdurabilidad.

Lo prohibido por el tipo, en relación a esta primera conducta típica, es el acto de toma de posesión en sí, conforme a lo descrito en el párrafo precedente, y no el uso y disfrute que de éste pueda derivarse. En cuanto a la consumación de la conducta, estimo que ésta se da cuando concurren los siguientes elementos objetivos: a) los usurpadores han accedido al interior del inmueble; b) han instalado sus propios medios de exclusión de terceros¹⁴²; c) disponen del espacio para poder usarlo y disfrutarlo sin ser perturbados.

¹⁴² Aun sin haberse instalado la clásica cerradura, la presencia continuada de los usurpadores en el inmueble puede resultar también un medio de exclusión de terceros. Tal sería el caso de la mayoría de “Centros Sociales okupados”, en los que en principio se permite la libre entrada, pero siempre hay

En resumen, el delito se entenderá consumado en el momento en el que los usurpadores se hallaren en el interior del inmueble y hubieren dispuesto los mecanismos necesarios para impedir la entrada de terceros no deseados. Considero que es en estas circunstancias en las que se produce la lesión del bien jurídico protegido y se traslada la posesión del propietario a manos del usurpador.

No obstante, la usurpación debe ser real. En este sentido, ha de existir una efectiva lesión del bien jurídico protegido y un consiguiente desplazamiento de la posesión civil. Como ya se ha indicado, lo anterior únicamente ocurre cuando la posesión por el usurpador es en “concepto de dueño” y esta expresión comporta cierto grado de intensidad y durabilidad. Por tanto, se reputarán atípicos los usos esporádicos que, por su escasa intensidad y por su falta de vocación de perdurabilidad, no pueden calificarse de tomas de posesión “en concepto de dueño”.

En cuanto a la prueba de la consumación, la completa realización del tipo debe apreciarse en los casos en los que los usurpadores son sorprendidos en el interior del inmueble y han dispuesto ya de medios de exclusión de terceros. También, cuando pese a no hallarse en el inmueble en cuestión, han preparado el espacio para usarlo y disfrutarlo en exclusividad y con vocación de perdurabilidad, es decir, lo han acondicionado para el uso al que pretendieran destinarlo, ya sea vivienda o centro social.

Con respecto a la figura de la tentativa, el art. 16.1 CP dispone que: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. El empleo del término “resultado”¹⁴³ por parte del legislador ha suscitado la duda dogmática acerca de si cabe la tentativa en el caso de los denominados “delitos de mera actividad”¹⁴⁴, categoría en el marco de la cual se inserta el art. 245.2 CP. Así, por una parte, hay autores que, en defensa estricta del principio de legalidad, niegan la posibilidad de que puedan realizarse los tipos de “mera actividad” en grado de tentativa, por ser ajena a esta categoría la producción de un resultado¹⁴⁵.

personas controlando el acceso a determinados lugares y la presencia de ciertas personas como por ejemplo la policía. En estos espacios, la existencia de un medio de exclusión de terceros no es tan evidente, pero también se halla presente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que un medio de exclusión de terceros permite la exclusión a voluntad, pero no la impone constantemente.

¹⁴³ En la anterior regulación (CP₇₃), el término empleado era “delito” y no “resultado”.

¹⁴⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, p. 298.

¹⁴⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ MURULLO, G., en EL MISMO (dir.)/JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, p. 7.

Frente a la postura anterior, otra corriente doctrinal admite la posibilidad de tentativa respecto a los delitos de “mera actividad” y salva el obstáculo de la legalidad dando al término resultado un contenido distinto del puramente naturalístico¹⁴⁶. En este sentido, ALCACER GUIRAO señala que la dogmática penal actual utiliza diferentes acepciones semánticas del término “resultado”, pudiendo ser éste equivalente incluso al vocablo “delito”, esto es, a la completa realización del tipo penal de la parte especial¹⁴⁷. Según lo anterior, la tentativa sería posible en relación a cualquier delito, ya fuera “de resultado” o “de mera actividad”. Con esta interpretación se salva la cuestión, en la medida en que permite llegar a una solución que legitima la tentativa en los delitos “de mera actividad”, en el marco del respeto del principio de legalidad. En efecto, desde la doble perspectiva jurídica y político-criminal, no hay ningún motivo para excluir la posibilidad de tentativa en los delitos “de mera actividad”. Por consiguiente, deberá partirse del análisis de cada situación concreta, en el marco de cada tipo penal, para decidir si cabe o no apreciar la realización en grado de tentativa. Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia, que no tiene ningún reparo en admitir la tentativa en relación a la realización del tipo de usurpación pacífica de inmuebles¹⁴⁸.

Así pues, en relación al contenido de la primera conducta típica y de la consumación de la misma, entiendo que se debería apreciar el tipo estudiado en grado de tentativa. Este sería el caso, por ejemplo, de los sujetos que rompen la cerradura, se hallan en el interior del inmueble, pero aún no han dispuesto medios de exclusión de terceros.

Dado que la postura sobre el bien jurídico que aquí se ha defendido es la posesión civil y que, en consecuencia, se ha entendido que la toma de posesión, para ser típica, ha de ser en concepto de dueño, en los supuestos en los que no hubiera indicios suficientes de la durabilidad e intensidad de la ocupación, los hechos en cuestión deberán considerarse atípicos o, si cabe, castigarse por un delito de daños o una tentativa de robo. En estos casos siempre deberá atenderse a indicios externos tales como que el sujeto lleve su propia cerradura nueva o que traiga enseres para acondicionar el inmueble para el uso.

¹⁴⁶ Sobre esta cuestión, ALCACER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría*, p. 96.

¹⁴⁷ En efecto, ALCACER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría*, p. 96, entiende que, entre los significados que da la dogmática penal actual al término “resultado”, está el de resultado típico consistente en la completa realización del tipo legal de la parte especial.

¹⁴⁸ SAP Sevilla 396/2004, de 17 de septiembre (Carlos L. Lledo González) expone: “el dolo alcanza a la ocupación que deviene típica por su carácter de indefinida en el tiempo y por pretender convertir el inmueble en morada habitual. Que llegara a materializarse o no la ocupación, o se prolongara o no en el tiempo, no afecta a la tipicidad y permite la apreciación del tipo en grado de tentativa”. En el mismo sentido, SAP Madrid 458/2002, de 17 de octubre (Adoración María Riera Ocáriz); SAP Navarra 21/2006, de 15 de febrero (Francisco José Goyena Salgado); SAP Madrid 800/2008, de 17 de septiembre (Luisa Aparicio Carril). En la mayoría de los supuestos examinados, el motivo de que la apropiación no llegue a consumarse es la intervención policial. En estos casos, los tribunales deducen la concurrencia de todas las exigencias subjetivas que atribuyen al tipo, en función de ciertos indicios.

III.1.C. Posturas doctrinales y jurisprudenciales.

Una vez expuesta la interpretación propia en relación al contenido de la primera conducta típica, en este epígrafe se hace referencia a las interpretaciones que han elaborado doctrina y jurisprudencia en relación al tema en cuestión. El punto de partida de todas las interpretaciones es que el concepto de “ocupar” hace referencia a una toma de posesión o acto de apoderamiento¹⁴⁹. No obstante, a partir de este contenido nuclear, la doctrina y la jurisprudencia entiende que debe añadirse algún elemento más para acabar de perfilar el contenido del concepto de “ocupar”. A pesar de que existe acuerdo en relación a la necesidad de añadir algún atributo a la simple toma de posesión o acto de apoderamiento para completar el significado del término “ocupar”, no hay consenso respecto a cuál ha de ser este elemento adicional. Así, se observan principalmente dos posturas opuestas en el marco de las cuales, como se verá, tampoco existe acuerdo. La primera y mayoritaria tiende a completar la caracterización del tipo a través de la remisión a elementos subjetivos. La segunda, por su parte, se basa en elementos de carácter puramente objetivo.

III.1.C.a. La caracterización del tipo objetivo a través de elementos subjetivos.

La mayor parte de nuestros tribunales y un sector de nuestra doctrina han coincidido en entender que, a la toma de posesión o acto de apoderamiento que integra el contenido de “ocupar”, debe añadirse algún elemento subjetivo para completar el concepto, atendiendo a una perspectiva teleológica¹⁵⁰. No obstante, no se ha llegado a un consenso sobre cuál debe ser el elemento en cuestión. A continuación, se refieren cuáles son las principales líneas en el seno de esta tendencia generalizada a exigir la concurrencia de elementos subjetivos en el marco del injusto penal.

- ***El ánimo de apropiación.***

En primer lugar en el marco de nuestra jurisprudencia, existen sentencias en las que se exige, para integrar el contenido del concepto de “ocupar”, además de la toma de

¹⁴⁹ La toma de posesión del inmueble por parte del usurpador supone el ataque a la legítima posesión del mismo, por parte de su titular. Se produce así la lesión del bien jurídico protegido por el tipo, la posesión, lo que justifica la actuación penal. SAP Girona 463/2002, de 30 de septiembre (Carmen Capdevila Salvat); AAP Barcelona 899/2004, de 10 de septiembre (Jordi Palomar i Bou); SAP Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).

¹⁵⁰ A propósito del concepto de elemento subjetivo distinto del dolo, véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 272.

posesión o acto de apoderamiento, la concurrencia de un ánimo de apropiación¹⁵¹, entendido como un “actuar en concepto de dueño”¹⁵².

A mi juicio, esta interpretación no es adecuada, dado que el elemento subjetivo “ánimo de apropiación” que se exige, se vincula a la concurrencia de un indicio -el actuar en concepto de dueño- que en realidad es un elemento del tipo objetivo. De hecho, si se entiende que el que ocupa debe hacerlo en “concepto de dueño”, el “ánimo de apropiación” ya queda englobado en el dolo típico. Ahora bien, puesto que esta línea jurisprudencial lo configura como parte del injusto, el ánimo de apropiación deberá ser probado de forma autónoma, con todas las dificultades que ello conlleva. En todo caso, lo anterior supone la caracterización del tipo como incongruente y de tendencia interna intensificada.

Por otra parte, debe señalarse que la generalidad de la doctrina jurisprudencial que defiende esta interpretación de la primera conducta típica aboga por la posesión material como bien jurídico protegido por el tipo estudiado. Este planteamiento resulta paradójico, ya que la utilización de las expresiones “ánimo de apropiación” y “actuar en concepto de dueño” es acorde con una postura sobre el bien jurídico que defiende que éste es la propiedad o la posesión civil, pero no es coherente con una interpretación que asuma que el mismo es la posesión material¹⁵³. En efecto, la expresión “ánimo de apropiación” equivale a “querer ser propietario, hacer propio” en este caso el inmueble ajeno. Por otra parte, el término “dueño” es sinónimo de “propietario”. En función de lo anterior, si el que ocupa lo hace con “ánimo de apropiación” y “actúa en concepto de dueño”, con su conducta está usurpando el derecho de dominio sobre el inmueble, o el derecho de posesión que ejerce su legítimo propietario.

- ***La voluntad de permanencia***

En segundo lugar, en el marco de cierto sector de nuestra doctrina¹⁵⁴ y en el seno de nuestra jurisprudencia mayoritaria¹⁵⁵, hay autores y resoluciones que consideran que la

¹⁵¹ SAP Toledo 48/2005, de 4 de abril (Juan Manuel de la Cruz Mora); SAP Pontevedra 27/2002, de 16 de mayo (Francisco Javier Valdés Garrido); SAP Madrid, 249/2006, de 19 de abril (Carmen Lamela Díaz); SAP Albacete, 17/2005, de 11 de marzo (M^a Ángeles Montalvo Sempere).

¹⁵² SAP Álava 131/2006, de 21 de septiembre (José Jaime Tapia Paneño). En la doctrina, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 145-148.

¹⁵³ En este sentido, debe llamarse la atención sobre los diferentes efectos que produce la toma de posesión material de los bienes muebles e inmuebles. En el caso de los primeros, la toma de posesión material es equivalente a un acto de apropiación. Por el contrario, en el caso de los bienes inmuebles, la afectación de la posesión material no incide en el derecho de dominio.

¹⁵⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GOMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, p. 958; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, p. 1228; QUINTERO OLIVARES, G., en EL MISMO (dir./

toma de posesión típica es aquella que viene acompañada de una voluntad de permanencia. En algunas sentencias, este nuevo elemento subjetivo se utiliza para completar el significado del ánimo de apropiación¹⁵⁶. En mi opinión, en estos casos, la exigencia de un nuevo elemento subjetivo dificulta y confunde, ya que no queda definido si la voluntad de permanencia es un elemento simplemente aclarativo del significado de la expresión “ánimo de apropiación” o es un elemento subjetivo distinto que ha de concurrir para poder apreciarse el tipo.

En cualquier caso, también existen resoluciones en las que la voluntad de permanencia no se exige vinculada al ánimo de apropiación, sino que aparece como único requisito subjetivo que debe presidir la toma de posesión, para que ésta integre la primera conducta típica estudiada¹⁵⁷.

Este elemento subjetivo es fácilmente demostrable cuando se da una permanencia real, es decir, cuando transcurre un determinado lapso de tiempo que permite asegurar que se ha tomado posesión efectiva del inmueble¹⁵⁸. Las dudas surgen cuando no puede probarse el paso del tiempo. En estos casos, nuestros tribunales se basan en una serie de indicios, cuya concurrencia es suficiente para demostrar la existencia de la voluntad de permanencia. Así, la línea jurisprudencial analizada coincide en señalar que son indicios

MORALES PRAT, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 629-646; ROBLES PLANAS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, p. 235.

¹⁵⁵ SAP Toledo 48/2005, de 4 de abril (Juan Manuel de la Cruz Mora); SAP Pontevedra 27/2002, de 16 de mayo (Francisco Javier Valdés Garrido); SAP Álava 131/2006, de 21 de septiembre (José Jaime Tapia Paneño); SAP Barcelona 617/2002, de 4 de noviembre (José Ignacio Gallego Soler); SAP Zaragoza 254/2000, de 12 de julio (Antonio Eloy López Millán); SAP Málaga 312/2000, de 9 de octubre (José Rodino Izquierdo); SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Orteu Febrián); SAP Barcelona 850/2011, de 14 de octubre (M^a Jesús Manzano Mesenguer); SAP Lleida 413/2012, de 14 de diciembre (Francisco Segura Sancho); SAP Valencia 15/2014, de 7 de enero (M^a del Carmen Melero Villacañas-Lagranja); SAP Zaragoza 261/2013, de 24 de septiembre (Alfonso Ballestín Miguel).

¹⁵⁶ SAP Toledo 48/2005, de 4 de abril (Juan Manuel de la Cruz Mora); SAP Pontevedra 27/2002, de 16 de mayo (Francisco Javier Valdés Garrido); SAP Álava 131/2006, de 21 de septiembre (José Jaime Tapia Paneño); SAP Barcelona 617/2002, de 4 de noviembre (José Ignacio Gallego Soler); SAP Zaragoza 254/2000, de 12 de julio (Antonio Eloy López Millán); SAP Málaga 312/2000, de 9 de octubre (José Rodino Izquierdo); SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Orteu Febrián), que expone lo siguiente: “La primera modalidad se consume con la introducción en el bien inmobiliario que no constituya morada, a condición de que haya verdadera voluntad de permanencia, quedando impune cualquier entrada que tenga una finalidad distinta por parte del responsable del hecho, como sería la ocasional o episódica, que siempre se entenderá que es tal, *in dubio pro reo*, cuando por el simple y corto espacio temporal en que tenga lugar no permita deducir racionalmente una verdadera intención de permanecer de manera estable en el inmueble de que se trate por parte del sujeto que accedió a su interior”.

¹⁵⁷ SAP Barcelona 850/2011, de 14 de octubre (M^a Jesús Manzano Messenguer); SAP Lleida 413/2012, de 14 de diciembre (Francisco Segura Sancho); SAP Valencia 15/014, de 7 de enero (M^a del Carmen Melero Villacastañas-Lagranja); SAP Zaragoza 261/2013, de 24 de septiembre (Alfonso Ballestín Miguel).

¹⁵⁸ SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).

de una voluntad de permanencia la disposición de elementos de cierre por parte de los ocupantes¹⁵⁹, el arreglo del lugar a fin de hacerlo habitable y la declaración de los propios ocupantes admitiendo querer residir en el inmueble¹⁶⁰. En función de lo anterior quedan excluidas las ocupaciones esporádicas¹⁶¹. Ahora bien, esta voluntad de permanencia no puede en modo alguno presumirse, pues ello supondría operar contra los principios de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*¹⁶². En todo caso, esta interpretación no supone un retraso en la consumación del delito, pero plantea problemas probatorios e implica la configuración del tipo como incongruente y mutilado en dos actos, en la medida en que la toma de posesión del inmueble está orientada a una permanencia posterior en el mismo¹⁶³.

- ***El ánimo de lucro.***

Por otra parte, un sector relevante en el seno de nuestra doctrina¹⁶⁴ y jurisprudencia¹⁶⁵ requiere que el autor de la ocupación actúe con ánimo de lucro. Según esta línea interpretativa, este elemento subjetivo se manifiesta en la concurrencia de un requisito de carácter objetivo: la obtención de una utilidad evaluable económicamente. En el marco de esta postura, algunos autores entienden que la obtención de una utilidad evaluable económicamente se deriva lógicamente del propio bien jurídico protegido por el tipo y se concreta en un actuar en concepto de dueño¹⁶⁶. En mi opinión, esta postura

¹⁵⁹ SAP Barcelona 524/2009, de 29 de junio (Miguel Ángel Jimeno Jubero).

¹⁶⁰ SAP Madrid 127/2009, de 6 de marzo (María Elena Perales Guillo).

¹⁶¹ SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).

¹⁶² SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).

¹⁶³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, p. 219.

¹⁶⁴ BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 147; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C., *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, pp. 343 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E., en LOS MISMOS, *Compendio de derecho penal: Parte general y parte especial*, p. 147. En sentido contrario, QUINTERO OLIVARES, G., en EL MISMO (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 636.

¹⁶⁵ En este sentido, SAP Madrid 101/1998, de 6 de marzo (Julio Mendoza Muñoz); SAP Pontevedra 27/2002, de 16 de mayo (Francisco Javier Valdés Garrido); SAP Tarragona 175/2000, de 20 de octubre (Rafael Albira Guiu); SAP Cáceres 9/2002, de 25 de abril (Salvador Castaneda Bocanegra); SAP Soria 3/2003, de 20 de enero (José Ruiz Remo); SAP Burgos 91/2004, de 17 de mayo (Francisco Manuel Marín Ibáñez); SAP Valencia 49/2009, de 27 de enero (Mariano Tomás Benítez). La lectura literal de la letra del Código Penal nos llevaría a apreciar “ánimo de lucro” únicamente cuando se actúe con la intención de obtener un beneficio económico, pero la jurisprudencia le ha dado un contenido más amplio. Así según STS 1028/2007, de 11 diciembre (Diego Antonio Ramos Gancedo); STS 50/2005, de 28 enero (Joaquín Delgado García); STS 916/2002, de 4 junio (José Aparicio Calvo-Rubio), basta con que se actúe con la finalidad de obtener una utilidad de cualquier clase, es decir, cualquier ventaja, beneficio o rendimiento, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, sin que importe el modo de materialización del propósito lucrativo.

¹⁶⁶ En el marco de esta misma postura doctrinal apuntada, VIVES ANTÓN, T. S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 1204 y

no es clara en cuanto a la relación entre los conceptos “ánimo de lucro” y “obtención de una utilidad económica”. En este sentido, cabrían dos posibilidades:

1. Lo requerido por el tipo es un auténtico elemento subjetivo, el ánimo de lucro y la obtención de una utilidad es un mero indicio objetivo, entre otros posibles, para demostrar la concurrencia de tal ánimo en el autor de los hechos. La consecuencia de esta interpretación es que no es necesario probar la efectiva obtención de una utilidad económica, para que se entienda realizado el tipo.
2. Por el contrario, la existencia del elemento subjetivo “ánimo de lucro” únicamente se entiende probada cuando se verifica la obtención de la utilidad económica. La consecuencia de esta segunda opción es que la prueba de la obtención de una utilidad económica es indispensable, para entender realizado el tipo. En este caso, nos hallaríamos ante un tipo de resultado y el momento consumativo se retrasaría hasta que se obtuviera la utilidad económica.

Según por cuál de estas dos posibles interpretaciones de la postura doctrinal estudiada se opte, se puede llegar a soluciones dispares frente a un mismo supuesto de hecho. En este sentido, podría plantearse el caso hipotético de la ocupación de un inmueble habitable pero en mal estado, en el que los usurpadores invierten tiempo y dinero con ánimo de beneficiarse posteriormente de habitarlo sin pagar alquiler. No obstante, son desalojados al poco tiempo, sin haber obtenido la utilidad económica que hubiera representado el habitar por más tiempo la finca gratuitamente. En función de la primera

ss.; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Comentario al art. 245, párrafo 2º, del Código Penal”, pp. 1316-1319; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, p. 476; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, pp. 383 y ss., exigen para la aplicación del tipo que concurra un segundo elemento subjetivo o “segundo resultado” no requerido expresamente por el mismo. La denominación de “segundo resultado” es errónea, dado que no nos hallamos ante un tipo de resultado sino de mera actividad. Al respecto, véase *supra* II. Características del tipo y objeto material. Este denominado “segundo resultado” se refiere al ánimo de lucro, o la realización de una determinada utilidad (aquí se mezclan conceptos de diferente naturaleza). En el seno de esta misma postura, ROCA AGAPITO, L., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.)/MANJÓN BABEZA ALMEDA, A. (coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, p. 200; BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, p. 1648, que entienden que el ánimo de lucro referido debe concretarse en la intención de obtener una ventaja patrimonial en el autor, a través de un perjuicio correlativo, evaluable económicamente, causado en el patrimonio del sujeto pasivo. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, p. 647 ss., expone que la multa penal, que se prevé como consecuencia punitiva por la realización de todos los tipos de usurpación, no va referida en relación al valor del inmueble o del derecho real perturbado, sino de la utilidad obtenida por el autor de los hechos, o por el daño causado al titular del bien o del derecho real afectado. No obstante, este autor manifiesta lo anterior al referirse genéricamente a “los tipos de usurpación”, asimismo lo reitera en relación al apartado 1º del art. 245 CP, pero nada dice específicamente cuando aborda el apartado 2º de este mismo precepto. Por ello no queda claro que GONZÁLEZ RUS exija el ánimo de lucro para la aplicación del tipo.

interpretación apuntada, el hecho sería típico, dado que concurre ánimo de lucro. En efecto, pese a que no se ha obtenido ninguna utilidad económica, de la conducta de los usurpadores puede inferirse que la ocupación pretende ser duradera y que los autores de la misma quieren lucrarse del disfrute de una vivienda gratis. Por el contrario, según la segunda solución apuntada, la conducta sería atípica. Ello es así, en la medida en que al no obtenerse ninguna utilidad económica, no podría demostrarse el ánimo de lucro. Equivaldría a decir que los usurpadores han ocupado el inmueble sin voluntad de aprovecharlo gratuitamente, pero que han realizado un intercambio de disfrute del lugar por mejora del mismo¹⁶⁷.

De cualquier forma, personalmente considero que condicionar la realización del tipo a la obtención de una utilidad evaluable económicamente es complicar la interpretación de éste, sin restringir ni ampliar en la práctica el ámbito de aplicación del mismo. Más aún si, además, se equipara la obtención de tal utilidad a un actuar en concepto de dueño, en la medida en que tal requisito objetivo ya se predicó como contenido del ánimo de apropiación¹⁶⁸.

Es evidente que toda ocupación de inmueble, como toma de posesión del mismo de forma gratuita, ya implica la obtención de una utilidad de por sí. Así, exigirla como elemento objetivo del tipo no añade nada a la descripción típica y plantea problemas a la hora de determinar en qué términos se entiende probada dicha utilidad. En todo caso, si se entiende que debe concurrir tal requisito, resultará importante fijar dichos términos en la medida en que serán decisivos para determinar cuándo se produce la consumación, dado que ésta se retrasará hasta el momento en que se alcance la utilidad.

Por otra parte, respecto al ánimo de lucro en sí mismo, su presencia es requerida expresamente por el legislador para integrar el contenido del injusto de numerosos delitos contra el patrimonio¹⁶⁹. Según lo anterior, parece coherente pensar que si la voluntad del legislador hubiera sido la de requerir este elemento subjetivo, para integrar el contenido del injusto estudiado, lo hubiera previsto expresamente. *A sensu contrario*, si no ha exigido su concurrencia de forma expresa, debe presumirse que tal elemento no conforma el tipo objetivo.

Además, a diferencia de los elementos subjetivos apuntados en los párrafos precedentes, el ánimo de lucro no añade nada a la descripción típica. En efecto, considero que el ánimo de lucro queda comprendido en el dolo típico, en la medida en que el mero hecho de ocupar un inmueble sin pagar contraprestación alguna ya supone un beneficio

¹⁶⁷ No obstante, si se pudiera demostrar que con el tiempo se hubiera obtenido la utilidad requerida, la conducta se reputaría típica y realizada en grado de tentativa.

¹⁶⁸ Véase *supra* El ánimo de apropiación.

¹⁶⁹ Art. 234 CP (hurto), art. 237 CP (robo), art. 243 CP (extorsión), art. 248 CP (estafa) y art. 253 CP (apropiación indebida).

económico. En todo caso, esta interpretación no conlleva retraso alguno en relación a la consumación del delito, pero supone la configuración del tipo como incongruente y de tendencia interna intensificada.

- ***Tomar posesión con ánimo de habitar el inmueble.***

Finalmente, parte de nuestra jurisprudencia exige, para poder apreciar el tipo estudiado, que la toma de posesión venga acompañada de un ánimo de habitar en el inmueble objeto de ocupación¹⁷⁰. Nuevamente, debe apuntarse aquí que la exigencia de un elemento subjetivo en el ámbito del injusto plantea problemas probatorios. Además, esta interpretación supone la exclusión de ocupaciones que se realizan con un ánimo diferente que el de habitar el inmueble en cuestión. En este sentido, serían atípicas las ocupaciones de inmuebles destinados a ser centros sociales y no viviendas, a pesar de que lesionan igualmente el bien jurídico protegido por el delito estudiado. En cualquier caso, esta interpretación no supone un retraso en el momento consumativo, pero conlleva la configuración del tipo como incongruente y mutilado en dos actos, pues la intención del autor al realizar la toma de posesión debe estar dirigida a habitar el inmueble en cuestión¹⁷¹.

III.1.C.b. Postura doctrinal y jurisprudencial que integra la primera modalidad típica del delito estudiado en base a elementos puramente objetivos.

Como ya se ha expuesto, existe una línea interpretativa doctrinal y jurisprudencial que entiende que el contenido del verbo “ocupar” se refiere a una toma de posesión o acto de apoderamiento, al cual debe añadirse el *plus* de algún otro elemento más, también de carácter objetivo, para acabar de determinar el significado global del concepto. No obstante, como ocurría con la línea interpretativa analizada en los apartados anteriores, tampoco en el seno de esta postura hay consenso sobre cuál ha de ser elemento objetivo que complete el contenido del término “ocupar”.

- ***Permanencia.***

Así, en primer lugar, parte de nuestra doctrina¹⁷² y de nuestra jurisprudencia¹⁷³ defiende que la ocupación, para ser típica, debe prolongarse algún tiempo de forma continuada.

¹⁷⁰ SAP 108/2000, de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez); SAP Zaragoza 261/2013, de 24 de septiembre (Alfonso Ballestín Miguel); SAP Málaga 24/2014, de 8 de abril (Mariano Sancho Peñalver).

¹⁷¹ Al respecto, véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 219.

¹⁷² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E., en LOS MISMOS, *Compendio de derecho penal. Parte general y parte especial*, pp. 564-567.

Este criterio interpretativo se funda en la duración temporal y en la permanencia en sí - que son elementos objetivos-, y no en la voluntad de permanencia -que se trata de un elemento subjetivo-. Según esta concepción, la constatación de la voluntad de permanencia, por parte del autor de los hechos, no sería suficiente para poder entender consumado el tipo, si éste hubiere permanecido un corto lapso de tiempo en el inmueble. En este sentido, considerar la permanencia como elemento objetivo del tipo supone un retraso del momento consumativo. El problema que plantea esta interpretación es la concreción del tiempo que ha de pasar para que pueda entenderse que se cumple el requisito de la permanencia.

- ***La obtención de una utilidad económica por parte del autor y la “consiguiente” causación de un perjuicio patrimonial.***

En segundo lugar, otro sector doctrinal¹⁷⁴ y jurisprudencial¹⁷⁵ exige para la aplicación de tipo la obtención de una utilidad económica por parte del autor y la “consiguiente” causación de un perjuicio patrimonial, evaluable económicamente. Esta postura, al emplear el término “consiguiente”, implica que el perjuicio patrimonial causado ha de hallarse vinculado a la utilidad económica obtenida.

Si analizamos la expresión “utilidad económica” desde la perspectiva de los otros tipos penales del Título XIII del Código Penal, en los que el legislador emplea estos términos¹⁷⁶, se observa que en ninguno de ellos aparecen el mencionado enunciado en la redacción de la conducta típica. Por el contrario, en todos ellos se referencia como un elemento que parece hallarse implícito en todo acto de usurpación y que debe tenerse en cuenta en el ámbito de la determinación de la pena. Lo anterior parece indicar que la obtención de una utilidad económica es un factor intrínseco a las conductas que se describen en estos tipos, pero no constituye una exigencia de los mismos que deba ser probada.

En los delitos de distracción de aguas (art. 247 CP) y de alteración de lindes (art. 246 CP), sí que condiciona la aplicación o no del tipo, porque el legislador hace mención

¹⁷³ SAP Barcelona 23/2013, de 9 de diciembre (Carmen Zabalegui Muñoz); SAP Madrid 361/2014, de 4 de marzo (Jesús Fernández Entralgo).

¹⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, pp. 647 y ss.; BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, p. 1648; ROCA AGAPITO, L., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.)/MANJÓN BABEZA ALMEDA, A. (coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, p. 200. En sentido contrario, QUINTERO OLIVARES, G., en EL MISMO (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, p. 636.

¹⁷⁵ SAP Tarragona 463/2004, de 4 de mayo (Javier Hernández García). Debe aclararse que no son numerosas las sentencias que hacen referencia explícita a este requisito.

¹⁷⁶ Art. 245.1 CP (ocupación de inmuebles con violencia e intimidación o usurpación de un derecho real inmobiliario), art. 246 CP (alteración de lindes) y art. 247 CP (distracción de las aguas).

expresa en este sentido. En cambio, en el caso de la usurpación violenta (245.1 CP), sirve para modular la pena y su hipotética no concurrencia no elimina la apreciación del injusto.

Así las cosas, entiendo que si el legislador no ha hecho mención expresa de la necesidad de que concurra una utilidad económica para que sea de aplicación el tipo estudiado, tal elemento no constituye una exigencia del tipo. No obstante, es muy posible que se trate de un aspecto que se halle presente en la mayor parte de las ocupaciones de inmuebles, al igual que en el resto de usurpaciones tipificadas en el Código Penal. En cualquier caso, en el tipo objeto de estudio, este elemento no es constitutivo del injusto, no sirve para modular la pena en sentido alguno, no necesita de prueba y, su posible ausencia, no impediría la aplicación del tipo.

Por otra parte, las expresiones “perjuicio económico” o “perjuicio patrimonial” hacen referencia a cualquier disminución del patrimonio determinada o determinable¹⁷⁷. Respecto al término “patrimonio”, debe recordarse que las corrientes mayoritarias de la jurisprudencia y de la doctrina son partidarias de un concepto mixto o jurídico-económico¹⁷⁸, conforme al cual integra el patrimonio todo bien de naturaleza económica, que posea una apariencia jurídica, careciendo de importancia su reconocimiento jurídico efectivo o real¹⁷⁹. En función de esta definición, formaría parte del concepto de patrimonio tanto el derecho de dominio, como el derecho de posesión sobre un bien inmueble. En este sentido, no existe perjuicio si la conducta tiene por objeto un bien sin valor económico. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que el perjuicio debe valorarse desde una perspectiva objetivo-individual¹⁸⁰. Lo anterior supone que existe una disminución patrimonial no sólo cuando se produce un detrimento del patrimonio en términos objetivos, sino también cuando se frustran los fines perseguidos por la víctima.

En función de las definiciones de patrimonio y de perjuicio patrimonial aportadas, entiendo que toda ocupación de un inmueble ajeno comporta un perjuicio económico en el patrimonio del titular del derecho afectado por la ocupación. Incluso, no sería posible apreciar la ausencia del requisito reseñado en los casos de compensación, cuando se frustran los fines perseguidos por el titular del inmueble. En este sentido, podría plantearse el caso de un bien inmueble en estado ruinoso, que es ocupado y restaurado.

¹⁷⁷ BALMACEA HOYOS, G./FERDILAND PELLER, M., “Análisis dogmático del concepto de ‘perjuicio patrimonial’ en el delito de estafa”, p. 185; GALLEGOS SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, *passim*.

¹⁷⁸ Al respecto de las distintas teorías sobre el contenido del concepto de patrimonio, véase PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, pp. 57 y ss.; GALLEGOS SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, pp. 103 y ss.

¹⁷⁹ BALMACEA HOYOS, G./FERDILAND PELLER, M., “Análisis dogmático del concepto de ‘perjuicio patrimonial’ en el delito de estafa”, p. 189

¹⁸⁰ PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, pp. 73 y ss.

En este supuesto, también existiría perjuicio económico si el titular del bien en cuestión quisiera derribarlo y vender el solar o volver a edificar.

Además, entiendo que no existiría perjuicio en el caso de las usurpaciones de inmuebles abandonados, respecto de los cuales el propietario ha hecho dejación de sus derechos posesorios. No obstante, esta restricción vendría dada por la interpretación del bien jurídico que aquí se defiende y no por la inexistencia de perjuicio económico generalizada en estos casos.

Según lo expuesto, el exigir la concurrencia de un perjuicio económico para que sea típica la ocupación no aporta nada al contenido de la primera conducta típica: Por un lado, no incrementa el desvalor de la misma y no sirve para restringir su ámbito de aplicación. Por el otro, no garantiza su apreciación en todos los casos en que existe perjuicio económico, dado que la interpretación teleológica de la misma impondrá las oportunas restricciones.

Por otra parte, resulta difícil derivar la exigencia de que concurra un perjuicio económico de la redacción del precepto. Esta condición es requerida expresamente en varios tipos del título XIII del Código Penal¹⁸¹. En este sentido, parece coherente que si el legislador no lo ha previsto para el tipo estudiado, es que la concurrencia de un perjuicio económico no es un elemento del tipo. En cualquier caso, admitir la interpretación reseñada supondría, desde una perspectiva formal, un retraso del momento consumativo hasta que se produjera la efectiva producción del daño¹⁸². No

¹⁸¹ Art. 243 CP (extorsión), arts. 248 y 251 CP (estafa), art. 253 CP (apropiación indebida), arts. 259 bis, apartados 1º y 2º (insolvencias punibles).

¹⁸² En efecto, estableciendo un paralelismo con la exigencia de un perjuicio en el tipo de estafa, se observa como la mayor parte de la doctrina se pronuncia en este sentido. Así, GUTIERREZ FRANCÉS, M^a. L., *Fraude informático y estafa*, p. 454; ROMERO, G., *Delito de estafa*, pp. 208 y ss.; PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 28. Al respecto, la autora expone que la consumación del delito de estafa requiere de la producción de un perjuicio efectivo. Así mismo, BALMACEA HOYOS, G., “El perjuicio en el delito de estafa”, pp. 105-116, refiere que “La consumación en la estafa se ve condicionada por el efectivo y material detrimento patrimonial que sufre el sujeto pasivo y no por la ventaja económica a la que aspira el sujeto activo”. Por su parte, en el seno de nuestra jurisprudencia, en general se considera, que en la estafa procesal la producción del perjuicio corresponde a la fase de agotamiento y no a la consumación: STS 172/2005, de 14 de febrero (Julián Sánchez Melgar). No obstante, con respecto al tipo básico no hay acuerdo en relación a si es necesaria la producción del perjuicio efectivo, para que pueda entenderse consumado el tipo. Así, hay sentencias en las que se manifiesta que basta un perjuicio potencial para la consumación del tipo. En este sentido, la STS, de 17 de marzo de 1995 (Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), expone que: “En la estafa la consumación se produce cuando la víctima, movida por un engaño bastante, realiza el acto de disposición patrimonial, pasando así la cosa a la libre disposición del sujeto activo y causándose el perjuicio potencial para el sujeto pasivo. Aunque tal perjuicio no llegue a ser definitivo, ni el agente consiga hacer efectivo el logro propuesto. Logro que excede a la fase consumativa, para entrar en la de agotamiento”. También, STS 1010/2006, de 2 de octubre; SAP Alicante 637/2001, de 14 de diciembre (José Teófilo Jiménez Morago). En base a esta postura jurisprudencial, no sería necesaria la producción del perjuicio económico

obstante, materialmente, el perjuicio ya se produciría en el mismo instante de la toma de posesión y, en este sentido, no se daría el mencionado retraso en la consumación.

En resumen, considero que la relación “obtención de una utilidad económica y causación de un perjuicio patrimonial” se halla presente en todas las ocupaciones de inmuebles, incluso en las de inmuebles abandonados. En efecto, cualquier toma de posesión de un bien ajeno ya presupone de por sí la concurrencia de ambos elementos. En este sentido, la utilidad económica del usurpador consiste en la posibilidad de usar el inmueble sin pago de contraprestación alguna. Por su parte, el perjuicio económico equivale al lucro cesante por las rentas en concepto de alquiler que los usurpadores no abonarían o en la simple afectación de la posesión del propietario, que constituye una parte integrante del patrimonio del mismo. Se trata, pues, de consecuencias extratípicas que de no concurrir no afectan en nada a la tipicidad de la conducta.

Por todo lo anterior, entiendo que la exigencia reseñada es superflua, en la medida en que no añade nada a la calificación de la ocupación como toma de posesión de un inmueble ajeno. Tampoco parece que suponga una restricción del ámbito de aplicación del tipo, ni una verdadera ampliación, dado que ésta quedará sujeta a la interpretación que se haga del bien jurídico protegido. En este sentido, no hace más que dotar de una mayor complejidad a la cuestión.

Por otra parte, no creo que esta interpretación suponga un retraso del momento consumativo. Esto es así, porque en el mismo momento de la toma de posesión, por un lado se ocasiona un perjuicio patrimonial, como consecuencia de la usurpación del derecho de posesión y, por otro, se obtiene una utilidad económica, derivada de la adquisición del mismo.

En función de lo anterior, entiendo que la causación de un perjuicio en el patrimonio del titular del inmueble y la obtención de una utilidad económica por parte del usurpador son aspectos concernientes en la mayor parte de las ocupaciones de inmuebles, pero no son exigencias del tipo. En este sentido, entiendo que no necesitan ser probados y que las consecuencias subjetivas vinculadas a los mismos deben entenderse implícitas en el dolo genérico de la primera conducta típica. Respecto a esto último, considero que el

para que se entendiera consumado el tipo. Bastaría con la creación de un “peligro potencial”. En sentido contrario se pronuncian: AAN 27/2004, de 10 de febrero (Luís Martínez de Salinas Alonso); STS 581/1998, de 5 de mayo (Bacigalupo Zapater). En cualquier caso, como muy acertadamente expone PASTOR MUÑOZ, N., “La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)”, p. 16: “La cláusula ‘en perjuicio de’ aparece en diversos tipos de la parte especial y no siempre es objeto de la misma interpretación”. Según lo anterior, habría que estar a lo que manifestara la doctrina que exige la concurrencia de un perjuicio para que sea de aplicación el tipo de usurpación, para saber si se trata de un requisito condicionante de la consumación. Yo me inclino por esta solución, porque entenderlo de otra manera supondría que, en la práctica, la exigencia o no del requisito reseñado carecería totalmente de relevancia.

que ocupa un bien inmueble ajeno sin el consentimiento de su titular lo hace con plena conciencia y voluntad de utilizarlo gratuitamente, a pesar del perjuicio que se pueda causar con este uso no consentido.

III.1.C.c. Conclusión.

En mi opinión, la exigencia de un elemento subjetivo en el marco del injusto penal del art. 245.2 CP no constituye un requisito legal y, además es innecesaria. En efecto, el tipo de usurpación estudiado no lo requiere expresamente y el contenido de la conducta analizada puede integrarse plenamente sin recurrir a elementos de naturaleza subjetiva. A lo anterior se añade que, imponer la concurrencia de elementos subjetivos para que pueda apreciarse la realización de la conducta, da lugar a problemas en el ámbito de la prueba, debido a la dificultad de demostrar aspectos de la esfera interna del sujeto activo. Esta tendencia jurisprudencial parece orientada a restringir el ámbito de aplicación del tipo. No obstante, conforme al principio de legalidad, esta restricción debería establecerse a partir de la delimitación del sujeto pasivo y de la conducta típica y no de elementos difíciles de probar y no requeridos expresamente por el legislador.

Por otra parte, debe también evitarse el recurso a ciertos elementos objetivos no requeridos de forma expresa, que no se derivan directamente del bien jurídico protegido y que no tienen incidencia alguna en el ámbito de aplicación del tipo, ni en la consumación del mismo. Estos elementos, lejos de aclarar el contenido de la conducta estudiada, dotan de una mayor complejidad a su análisis.

III.1.D. Breve análisis de la expresión: “sin autorización debida”.

El examen de la expresión “sin autorización debida” no ha sido objeto de debate jurisprudencial ni doctrinal. En lenguaje común se entiende que significa “carencia de permiso legítimo”¹⁸³. En relación al precepto estudiado, considero que hace referencia a los supuestos en que el propietario-poseedor no ha consentido la entrada en el inmueble. No obstante, debe precisarse que tal consentimiento puede presumirse existente de forma tácita, cuando el propietario conoce de la ocupación y tolera la misma¹⁸⁴. En estos

¹⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, define “sin” como adverbio que “denota carencia o falta de algo”; “autorización”, como “acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida”; y, “debida”, como aquello que “corresponde o es lícito”.

¹⁸⁴ SJP núm. 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal Marsal); SAP Tarragona 823/2006, de 10 de noviembre (Javier Hernández García); SAP Islas Baleares 150/2000, de 10 de julio (Eduardo Calderón Susía); SAP Valencia 102/2001, de 19 de octubre (José María Ortega Lorente). En este sentido, la interpretación que hace la jurisprudencia sobre el consentimiento que excluye la tipicidad, en el marco del delito de usurpación pacífica de inmuebles, es diferente de la que se predica respecto

casos, se excluirá la tipicidad tanto por ausencia del requisito objetivo de la falta de consentimiento, como por el hecho de que la posesión del que goza y disfruta del inmueble no es en concepto de dueño y su situación posesoria sería la de un precarista.

III.2. Mantenerse en la usurpación, contra el consentimiento del titular.

Como ya se ha indicado, el precepto estudiado tipifica dos conductas diferentes. En este apartado se aborda el análisis de la segunda conducta típica -mantenerse en el inmueble contra la voluntad del titular-. En este sentido, en primer lugar, se procede al estudio del significado del término “mantenerse” a la luz de la postura propia y de la descripción que han elaborado del mismo la jurisprudencia y la doctrina. En segundo lugar, se determina que debe entenderse por la expresión “contra la voluntad del propietario” que, como se verá, ha suscitado el desacuerdo en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia. A continuación se tratan las cuestiones, estrechamente vinculadas entre ellas, de la consumación de la conducta y de su prescripción. Por último, se aclara la relación existente entre las dos conductas descritas en el tipo estudiado y se expone cuál es el ámbito de aplicación de cada una de ellas.

III.2.A. Análisis del término “mantenerse”.

El Diccionario de la lengua de la Real Academia Española se refiere al verbo “mantener” en dos sentidos: a) vinculado a una actividad de manutención; b) en referencia a una situación que no cesa. Es esta segunda acepción del término “mantener” la que adquiere relevancia en el marco de la conducta objeto de estudio. Respecto a la misma, el diccionario aporta las siguientes definiciones: a) proseguir en lo que se está ejecutando; b) conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia; c) perseverar, no variar de estado o resolución.

En función de lo anterior se deduce, en primer lugar, que el término “mantener” presupone la existencia de una determinada situación previa; en nuestro caso una usurpación pacífica de inmuebles. Así mismo, de las definiciones apuntadas también se derivan los atributos de permanencia y continuidad. Ahora bien, a mi entender, estas dos características se refieren al estado preexistente al mantenimiento y no al mantenimiento en sí. En este sentido, considero que la permanencia y la continuidad no son elementos típicos que requieran de prueba, en relación a la segunda conducta estudiada.

otros delitos contra el patrimonio en los que se utiliza la misma expresión. En general, el consentimiento que excluye la tipicidad ha de ser válido y prestado con anterioridad a la ejecución de los hechos, pues el concedido con posterioridad es irrelevante si se trata de delitos públicos y sólo tiene efectos en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito.

No obstante, debe precisarse aquí que la situación objeto de mantenimiento no es la primera conducta típica, es decir, la toma de posesión en concepto de dueño, sino el uso y disfrute posterior a la consumación de la misma. Es este uso y disfrute atípico el que, al mantenerse con posterioridad a la manifestación de la voluntad contraria a la usurpación, por parte del propietario del bien, deviene típico en virtud de la segunda conducta. Así, la realización completa del tipo no requiere de permanencia. Por el contrario, desde el mismo instante en que se usa y disfruta del inmueble, conociendo que esta utilización es contraria a la voluntad del propietario del mismo, se realiza la segunda conducta típica.

No obstante, también esta segunda modalidad típica debe analizarse a la luz del bien jurídico protegido -la posesión civil- y de la inserción del delito en el marco del capítulo del Código Penal donde se trata de las usurpaciones. En este sentido, el mantenimiento al que nos venimos refiriendo, aunque no requiera del elemento de la permanencia, se predica de un uso y disfrute en concepto de dueño, es decir, implica cierta intensidad y durabilidad. Así, por ejemplo, quedarían excluidas del alcance típico las visitas que pudieran realizar terceros a los habitantes del inmueble o las participaciones esporádicas en actividades de un “centro social” ocupado. También todos los usos encaminados al cese del mantenimiento, cuando son inmediatamente posteriores al conocimiento de la oposición.

Por su parte, nuestra jurisprudencia mayoritaria entiende que la segunda modalidad típica, descrita en el artículo 245.2 CP, se realiza cuando una o varias personas habitan un inmueble ajeno, con conocimiento de la voluntad contraria de su propietario, provocando su desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo¹⁸⁵. A diferencia de la primera conducta, esta segunda sí que exigiría la permanencia como requisito del tipo. Nuestra doctrina mayoritaria¹⁸⁶ concuerda con la línea jurisprudencial descrita y destaca la permanencia como elemento del injusto¹⁸⁷.

III.2.B. Análisis de la expresión “contra la voluntad del titular”.

Como ya se ha expuesto, la determinación del contenido de esta expresión ha suscitado un amplio debate en la jurisprudencia y en la doctrina, sin que se haya llegado todavía a

¹⁸⁵ SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez); SAP Málaga 18/2011, de 13 de enero (Julio Manuel Ruiz Rico); SAP Barcelona 447/2011, de 29 de marzo (M^a Jesús Manzano Messenguer).

¹⁸⁶ Véase BAUCELLS i LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 129; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, p. 269; GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, p. 647.

¹⁸⁷ De esta forma, se excluirían del mismo las estancias esporádicas, no prolongadas en el tiempo. De otra opinión, VIVES ANTÓN T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 1204 y ss.

un consenso sobre la cuestión. Por este motivo y, para no teñir este epígrafe de la confusión que reina en el marco de nuestra jurisprudencia, se ha optado por partir de la exposición de la postura propia sobre el tema, para a continuación enumerar los distintos posicionamientos jurisprudenciales y doctrinales.

III.2.B.a. Toma de postura.

Una vez determinado el contenido del vocablo “mantenerse”, debe procederse al estudio de la expresión “contra la voluntad del titular”, para completar el significado y delimitar el alcance de la segunda conducta típica¹⁸⁸. Según el sentido común del lenguaje, este enunciado hace referencia a un estado de disconformidad por parte del propietario del bien en cuestión, respecto del mantenimiento de los usurpadores en el mismo¹⁸⁹. Desde la perspectiva del injusto y en función de este elemento, bastaría con el estado interno de desacuerdo con la ocupación, por parte del titular del bien inmueble, para que el mantenimiento en el mismo fuera típico. No obstante, desde la óptica del tipo subjetivo, se impone que esta disconformidad sea conocida por los que usan y disfrutan del inmueble, para que pueda apreciarse la concurrencia del dolo requerido por la segunda conducta típica. En este sentido, la voluntad contraria a la usurpación deberá ser exteriorizada.

El problema se halla en la determinación de cómo debe realizarse esta manifestación. A mi entender, es válido cualquier medio de expresión, siempre que garantice que los que usan y disfrutan del inmueble tengan conocimiento de la voluntad contraria del propietario respecto de la ocupación. Así, desde el momento en el que se usa el inmueble ajeno en concepto de dueño, contra la voluntad de su propietario y con conocimiento de esta disconformidad, se está realizando la segunda conducta típica, sin importar el medio por el que se hubiere adquirido el conocimiento de dicha voluntad contraria.

No obstante, desde la perspectiva de la prueba, algunos medios de expresión pueden plantear problemas. En este sentido, si el propietario ha manifestado su oposición a la ocupación del inmueble de forma verbal, tendrá más dificultades para demostrar que concurre en los usurpadores el dolo típico, en los supuestos en los que éstos nieguen haber sido advertidos. Por otra parte, también pueden presentarse inconvenientes probatorios en los casos en los que son varios los usurpadores y existe prueba respecto

¹⁸⁸ Frente a la primera modalidad típica, en la que se requiere la mera ausencia del consentimiento del propietario, en esta segunda modalidad lo exigido es la voluntad contraria. Esta distinción tiene su fundamento en el mayor desvalor que supone el acto de despojo que conlleva la primera conducta típica.

¹⁸⁹ Respecto a esta equivalencia entre titular y propietario, se ha profundizado en este mismo trabajo al abordar el análisis del bien jurídico protegido. Véase *supra* I. El bien jurídico protegido por el tipo del art. 245.2 CP.

del conocimiento por parte de alguno de ellos, pero el resto declara no haber sido informado. En este sentido, puede imaginarse el supuesto en el que el propietario comunica su disconformidad con la ocupación mediante correo certificado y con acuse de recibo. En este caso, si alguien firma la recepción de la carta, constará que ha sido informado de la voluntad del titular del inmueble, pero los demás ocupantes del mismo no se hallarán en la misma situación. Sin embargo, en estos casos, entiendo que deberá presumirse que todos los que usan del inmueble conocen de la oposición del propietario, salvo prueba en contrario.

Finalmente, debe hacerse mención de una última cuestión que puede generar ciertas dudas: la existencia o no de tipicidad, cuando concurre un consentimiento previo del titular del bien inmueble y, posteriormente, se revoca. A mi entender, en estos supuestos, no puede hablarse de usurpación, en la medida en que la posesión se ejerce en todo momento en nombre ajeno y no en concepto de dueño.

III.2.B.b. Interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales.

Por su parte nuestra doctrina y la jurisprudencia menor han dado diferentes soluciones en relación a cómo debe ser la manifestación de la voluntad contraria a la usurpación por parte del propietario, para que sea de aplicación la segunda modalidad delictiva descrita en el tipo estudiado. Según el criterio interpretativo que se acoja, se estará restringiendo más o menos el ámbito de aplicación del tipo penal. Básicamente podría hacerse referencia a las siguientes soluciones:

1. En primer lugar, parte de nuestra doctrina¹⁹⁰ y jurisprudencia¹⁹¹ entiende que la interposición de la denuncia es manifestación bastante de la voluntad contraria del propietario en relación a la ocupación. En este sentido, a partir de la notificación de la denuncia, se entendería que concurre el dolo exigido por el tipo, si los ocupantes del inmueble se mantienen en el mismo. Por otra parte, en el caso de que éstos abandonen el inmueble tras conocer de la denuncia, se entendería que no han realizado la conducta estudiada¹⁹².

A la vista de esta interpretación, surge la duda de si la jurisprudencia pretende establecer una regla que garantice el conocimiento de la oposición del propietario respecto de la ocupación o bien un mecanismo que permita, en último término, probar

¹⁹⁰ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal español. Parte especial*, pp. 276-287, entiende que, en relación a la segunda modalidad típica, la manifestación en contra ha de ser siempre expresa, bastando el requerimiento fehaciente, pero también la interposición de una denuncia ante la autoridad.

¹⁹¹ SAP Las Palmas 407/2009, de 10 de junio (Carlos Biela Escobar); SAP Sevilla 163/2009, de 1 de abril (Francisco Javier González Fernández).

¹⁹² Lo anterior no excluiría que pudiera haber consumado previamente la primera conducta típica.

dicho conocimiento. Lo anterior tiene importancia en el marco de la consumación de la conducta. En el primer caso, la conducta se consumaría únicamente en el momento de la recepción de la notificación de la denuncia. Por el contrario, en el segundo, la consumación podría corresponder a un momento anterior, en el que el propietario hubiere manifestado su voluntad contraria.

En mi opinión, la única garantía que puede ofrecer la notificación de la denuncia, frente a cualquier otro medio de comunicación de la voluntad del propietario es la certeza de que el que manifiesta la disconformidad con la ocupación es el verdadero titular del inmueble. En este sentido, hasta fecha de la notificación de la denuncia, los ocupantes del inmueble podrían alegar falta de conocimiento de la voluntad del propietario, con base en la creencia de que la persona que les había requerido a abandonar el inmueble no era realmente el titular del mismo. Teóricamente, la formalización de la denuncia implica que el denunciante ha aportado documentos acreditativos de su titularidad sobre el inmueble y ello ofrece garantías sobre la legitimidad de la pretensión. No obstante considero que la alegación reseñada tiene poco peso, en la medida en que, si los usurpadores estuvieran realmente interesados en obtener una información veraz, solicitarían a la persona que expresa su oposición a la ocupación, que les presente cuantos títulos posea que avalen la propiedad sobre el inmueble. Por esta razón, entiendo que la interpretación jurisprudencial estudiada está más bien dirigida a solventar los posibles problemas probatorios que puedan suscitarse en cuanto a la prueba del dolo y no a dotar propiamente de contenido a la expresión “contra la voluntad del titular”.

2. En segundo lugar, existen sentencias en las que se expone que debe concurrir una manifestación expresa del propietario, anterior a la denuncia¹⁹³. Según esta interpretación, el tipo subjetivo se entendería presente desde el momento en el que el propietario del inmueble hace un requerimiento expreso a los ocupantes del mismo para que lo abandonen. Ello, por supuesto, si concurren el resto de elementos objetivos exigidos por el injusto. Así, el momento consumativo podría ser anterior al de la notificación de la denuncia. No obstante, en el caso de no haber existido requerimiento previo, la conducta se consideraría atípica por ausencia del dolo requerido, sin que bastara la notificación de la denuncia para entender la existencia de éste. Por esta razón, esta corriente jurisprudencial resuelve la absoluciónde los autores de los hechos aunque éstos no abandonen el inmueble una vez tienen conocimiento de la existencia de una denuncia contra ellos.

¹⁹³ SAP Navarra 156/2000, de 1 de septiembre (María Esther Erice Martínez); SAP Madrid 132/2009, 15 de junio (Pilar Rasillo López).

Esta interpretación pretende restringir al máximo el ámbito de aplicación del tipo y potencia la resolución de los conflictos generados por las usurpaciones pacíficas de inmuebles, al margen de la intervención del Derecho Penal. Se trata de un criterio que tiene sentido desde la perspectiva de los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*, pero supone una transgresión del principio de legalidad, dado que es difícilmente argumentable la ausencia de conocimiento de la voluntad contraria a la usurpación, cuando consta notificada la denuncia¹⁹⁴.

3. En tercer lugar, cierto sector doctrinal considera que no puede entenderse por autorización expresa la simple comunicación verbal ni la interposición de una denuncia, porque aún no es indiscutida la titularidad del objeto ni la buena o mala fe del usurpador, dado que la buena fe puede mantener la usurpación en términos de usucapión¹⁹⁵.

En el marco de una línea interpretativa semejante, se hallan sentencias que entienden necesario el requerimiento previo del propietario y, además, exigen que este requerimiento se realice acogiéndose a los medios que prevé la legislación civil para recuperar la posesión, es decir, a través de la interposición de una demanda¹⁹⁶.

¹⁹⁴ SAP Madrid 132/2009, 15 de junio (Pilar Rasillo López) expone que: “La propietaria de la vivienda ha venido a tolerar que la acusada viviera en ella, no quedando acreditado en consecuencia el elemento típico de mantenerse contra la voluntad del titular”. La sentencia recurrida había condenado por un delito de usurpación a una persona, que había habitado dos años en un inmueble, siendo advertida de no hacerlo por quien detentaba la posesión material del mismo, aunque no por el propietario de éste. El sujeto en cuestión se había mantenido en la ocupación, con posterioridad a tener conocimiento de la denuncia, hasta el momento en que se produjo el desalojo por orden judicial. La Audiencia entiende que los hechos no son típicos, por no haber habido manifestación de la voluntad contraria del propietario del inmueble, considerando insuficiente la mera denuncia. No obstante, en la frase reproducida, la sentencia parece extraer la ausencia del requisito “contra la voluntad del propietario”, de la existencia de un periodo de tolerancia respecto de la ocupación, por parte del titular del derecho de dominio. Es evidente que lo que pretende la Audiencia es lograr la absolución en este caso, por considerar que es una conducta que entraña una afectación leve al bien jurídico protegido. Pero en mi opinión bastaría con basar la absolución en lo anterior y en el hecho de que ya existe la regulación de los conflictos derivados de una situación de precario en el marco del derecho civil. En el mismo sentido, se manifiesta SAP Navarra 156/2000, de 1 de septiembre (María Esther Erice Martínez), al exponer: “No se ha efectuado requerimiento alguno al acusado; por tanto no puede afirmarse en un procedimiento penal que el acusado conociera la voluntad de obtener la posesión del propietario de la finca y en contra de ésta se mantuviera en el inmueble, ya que ello supondría una valoración en contra del principio *in dubio pro reo* (...)”. En este supuesto también el denunciado conoce de la interposición de la denuncia por el legítimo propietario-poseedor del inmueble y es juzgado sin abandonar el mismo.

¹⁹⁵ BLANCO PEÑALVER, A., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, pp. 1648 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1204. En cuanto a la jurisprudencia: SAP Barcelona 567/2002, de 21 de noviembre (Juan Carlos Hortal Ibarra).

¹⁹⁶ SAP Barcelona 567/2002, de 21 de noviembre (Juan Carlos Hortal Ibarra); SAP Madrid 765/2003, de 11 de noviembre (Ramiro Ventura Faci).

Esta interpretación permite la restricción del tipo y la reconducción de la resolución de los conflictos derivados de las ocupaciones de inmuebles a la sede civil. En este sentido, es respetuosa con los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* pero supone atentar contra los principios de legalidad y de economía procesal. En efecto, en virtud del principio de legalidad, parece muy forzado extraer de la redacción típica que la única forma posible de manifestación de la voluntad contraria es la interposición de una demanda civil. Por otra parte, en relación a la contravención del principio de economía procesal, la interpretación reseñada implica la interposición de una demanda civil, la iniciación y posterior paralización del procedimiento civil en pro del penal, si el juez entiende que los hechos enjuiciados pueden ser constitutivos de delito y, finalmente, el inicio y la continuación del enjuiciamiento en sede penal.

4. Por último, un sector de nuestra doctrina¹⁹⁷ y de nuestra jurisprudencia¹⁹⁸ entiende que la manifestación contraria puede presumirse de forma tácita, por lo que se entendería que concurre en todo caso, salvo prueba en contrario. Así, el uso y disfrute del inmueble se entendería siempre realizado en contra de la voluntad del propietario y se reputaría típico. Por ello, aunque el usurpador dejara el inmueble al tener conocimiento de la denuncia y no hubiera habido ningún requerimiento previo, se entendería que se ha realizado el delito.

En mi opinión, esta postura supone una ampliación excesiva del ámbito de aplicación del tipo. En este sentido, puede llevar al derecho penal a intervenir en la resolución de las situaciones de precario, cuyo enjuiciamiento corresponde propiamente al derecho civil. Por otra parte, considero que es inadecuada a la vista de la literalidad del precepto. En efecto, éste distingue entre las expresiones “sin el consentimiento” y “contra la voluntad”. Por el contrario, la teoría objeto de crítica las equipara.

En todo caso, la línea mayoritaria de la doctrina de nuestros tribunales no parece acoger ninguna de las dos posturas extremas descritas y, en general, se decanta por la exigencia de un requerimiento previo a la denuncia¹⁹⁹ o por equiparar la denuncia a la manifestación requerida por el tipo²⁰⁰. De momento existen bastantes sentencias en ambos sentidos. Veremos hacia qué lado se decanta la doctrina de nuestros tribunales en el futuro.

¹⁹⁷ BENEYTEZ MERINO L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, pp. 2658-2661.

¹⁹⁸ SAP Zaragoza 345/2009, de 12 de marzo (Alfonso Ballestín Miguel).

¹⁹⁹ SAP Madrid 132/2009, 15 de junio (Pilar Rasillo López).

²⁰⁰ SAP Las Palmas 407/2009, de 10 de junio (Carlos Biela Escobar); SAP Sevilla 163/2009, de 1 de abril (Francisco Javier González Fernández).

III.2.B.c. Consumación de la conducta.

En función de la postura que se ha asumido al comienzo de este epígrafe, la consumación de esta segunda modalidad típica se produce cuando los ocupantes de un inmueble ajeno usan y disfrutan el mismo, habiendo sido requeridos por su propietario para abandonarlo. El mencionado requerimiento puede efectuarse por cualquier medio, siempre que sea adecuado para que los ocupantes del inmueble comprendan la oposición a la ocupación, por parte del titular del bien.

En este sentido, entiendo que se produce la consumación en el mismo instante en el que se usa y disfruta del inmueble con conocimiento de la voluntad contraria de su propietario. Como ya se ha indicado, la permanencia no es requisito del tipo, en la medida en que no se ha de verificar cierta permanencia posterior a la comunicación de la oposición, sino que basta el más mínimo uso y disfrute para que se entienda consumada la conducta. No obstante, considero que el tipo es de naturaleza permanente, en la medida en que, tras el instante consumativo, se describe el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor.

El delito permanente es aquel que se caracteriza por el mantenimiento en el tiempo de un estado de antijuridicidad creado por el autor y sostenido mediante acciones temporalmente durables y unificadas por la descripción del tipo legal²⁰¹. En éste se produce un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen la subsistencia de esa conducta²⁰². La noción de delito permanente sólo cobra sentido si se contrapone a la noción de delito instantáneo²⁰³, que es aquel cuyo proceso ejecutivo culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo, y se cierra en un momento determinado y único²⁰⁴. Así lo han entendido la doctrina²⁰⁵ y la

²⁰¹ STS 556/2006, de 31 de mayo (Francisco Monterde Ferrer); STS 696/2007, de 9 de julio (Carlos Granados Pérez); STS 480/2009, de 22 de mayo (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

²⁰² STS 556/2006, de 31 de mayo (Francisco Monterde Ferrer).

²⁰³ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 105-107.

²⁰⁴ En contraposición a lo anterior, existe cierta corriente doctrinal y jurisprudencial minoritaria, que entiende que la especial naturaleza de los delitos permanentes conlleva una correlativa especial modalidad de consumación. Así, en los delitos permanentes no habría un momento consumativo sino más bien un periodo o estado de consumación. Es decir, la consumación se iniciaría con la creación del estado antijurídico y acabaría con la cesación de este estado. En este sentido, en la doctrina, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 215-217, expone que, en el delito permanente, el mantenimiento de la situación antijurídica sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. También, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, p.141. En la jurisprudencia, STS 481/2001, de 26 de marzo (Julián Sánchez Melgar); STS 696/2007, de 9 de julio (Carlos Granados Pérez). Finalmente, STS 584/2007, de 27 de junio (Diego Ramos Gancedo) expone que: “El delito permanente es aquel en el que la realización inicial del resultado (...) inicia el periodo consumativo del delito, que se mantiene en tanto en cuanto el sujeto pasivo permanece detenido

jurisprudencia²⁰⁶ mayoritarias que determinan que la consumación de un delito corresponde al momento en el cual se produce la completa realización del tipo, esto es, aquél en el cual el comportamiento alcanza el estado de ejecución en el que satisface totalmente la descripción legal del hecho punible. Ello es así tratándose de cualquier tipo de delitos, incluidos los delitos permanentes. Según esta concepción, sólo si la consumación corresponde a un instante tiene sentido la contraposición entre ésta y la tentativa. El instante en que el hecho pasa de ser una realización parcial del tipo de delito a constituir una realización completa del mismo es el instante en que éste pasa de ser tentado a consumado. Así, la particularidad de los delitos permanentes no estaría en una diferente modalidad de consumación, sino en la ejecución del comportamiento delictivo. En los delitos permanentes, tras el instante de la consumación, el hecho delictivo puede continuar ejecutándose sin que se afirme más de una situación delictiva. Lo distintivo es que la consumación puede no coincidir sino diferir significativamente de la terminación del delito, esto es, el momento del cese de la ejecución del hecho.

También la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias consideran que la conducta estudiada es de naturaleza permanente, frente a la primera modalidad típica, que configura un delito instantáneo²⁰⁷. Es ilustrativo de lo anterior SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004²⁰⁸, al exponer que: “una vez consumada la permanencia o mantenimiento en el referido bien, el goce y disfrute del mismo pertenecería a la fase de agotamiento de la infracción penal que no comportaría la comisión de nueva infracción penal alguna, ello no sólo debe ser así porque si se entendiera que ocupar, a efectos penales, es acción permanente no sería necesario la configuración de una nueva modalidad comisiva a la que a continuación nos referimos”. El problema que plantea esta interpretación es el de la determinación de cuál debe ser la duración de esta permanencia, para que la conducta se considere típica.

ilegalmente, es decir, la consumación se inicia justo en el momento en el que el autor realiza el resultado y permanece consumándose (...).”

²⁰⁵ VIVES ANTÓN, T. S./GOZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1204; MAÑALICH RAFFO, J. P., “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, pp. 11-35; KINDHÄUSER, U., citado por MAÑALICH RAFFO, J. P., “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, p. 13, expone que: “(...) la consumación de la privación de libertad se produce en el momento en que, para la víctima, se hace imposible cambiar de ubicación por voluntad propia. (...) La privación de libertad es un delito permanente y por ello termina con la suspensión de la situación de privación de libertad”.

²⁰⁶ STS 346/2007, de 27 de abril (Andrés Martínez Arrieta) expone que: “El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consume desde el momento mismo en que la detención tiene lugar. Se trata de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial”. En este sentido, también, SAP Vizcaya 55/2006, de 26 de mayo (M^a José Martínez Sainz).

²⁰⁷ Véase, por todas, SAP Murcia 274/2015, de 17 de junio (Augusto Morales Limia); SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez).

²⁰⁸ SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez).

En función de lo expuesto respecto a la interpretación jurisprudencial del contenido de la segunda modalidad típica y de lo referido en relación a la naturaleza permanente de la conducta en cuestión, la jurisprudencia mayoritaria entiende consumada la conducta objeto de estudio, cuando se den los siguientes presupuestos: 1. Que el propietario manifieste su voluntad en contra de la ocupación del inmueble del que es titular. 2. Que los ocupantes del mismo habiten o hagan uso privativo del mismo. 3. Que haya permanencia. Por su parte, el tipo subjetivo requiere que los ocupantes del inmueble tengan conocimiento de la voluntad contraria del propietario y, a pesar de ello, decidan continuar habitando en el mismo.

Así pues, el momento consumativo sería aquel en el que los ocupantes del inmueble habiten en el mismo, pese a conocer de la voluntad contraria de su titular, y concurra cierta permanencia. Tras este instante consumativo, la situación antijurídica se mantendría todo el tiempo que se prolongara la ocupación. Con respecto a esta interpretación, se plantea el problema de concretar cuál debe ser la duración de la permanencia, para que se puedan entender completados todos los presupuestos típicos.

III.3. Aplicación alternativa de ambas conductas.

III.3.A. Postura jurisprudencial.

Nuestra jurisprudencia mayoritaria coincide en entender que las dos conductas descritas en el tipo estudiado son de aplicación alternativa, dado que la segunda no presupone que se haya realizado anteriormente la primera. De hecho, un amplio sector de nuestra jurisprudencia considera que la segunda modalidad típica parte de que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el titular del mismo²⁰⁹, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada²¹⁰. Según esta línea interpretativa, de lo

²⁰⁹ La línea jurisprudencial aludida se refiere a “morador” y no a “titular”. Ello es así porque establece un paralelismo con el tipo del allanamiento de morada.

²¹⁰ SAP Castellón 204/2001, de 21 de julio (Luís Antón Blanco); SAP Castellón 21/2001, de 23 de enero (Luís Antón Blanco); SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez); SAP 145/2011 Castellón, de 29 de marzo (José Luís Antón Blanco); SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Forteu Cebrián) que expone: “(...) Y tampoco puede decirse, en modo alguno, que hayan cometido la segunda modalidad delictiva. Debe tenerse en cuenta que estas dos posibilidades delictivas de la usurpación no violenta ni intimidatoria se hallan definidas de la misma forma que las modalidades del delito de allanamiento de morada tipificadas en el arts. 202 y 490 CP, siendo interpretada por la doctrina mayoritaria y por el Tribunal Supremo esta segunda modalidad de mantenimiento en la posesión (en el allanamiento de morada) como la que exige que el sujeto se encuentre ya dentro del inmueble por haberse introducido de manera consentida por el morador, ya sea de forma expresa o tácita, lo que supondría la revocación de la invitación o permiso anterior de entrada si decidiera mantenerse en dicho lugar contra la voluntad del dueño. De lo que se desprende que la segunda modalidad requiere, como uno de los elementos imprescindibles, la existencia de una previa entrada expresa o tácitamente consentida por parte

anterior se desprende que esta segunda modalidad requiere como uno de sus elementos imprescindibles la existencia de una previa entrada consentida²¹¹. Expuesta en estos términos y sin mayor aclaración, parece que esta postura jurisprudencial entiende que realiza la segunda conducta típica: 1. El precarista que no abandona el inmueble cedido, cuando su titular lo reclama²¹². 2. El arrendatario que no deja el inmueble arrendado cuando el propietario se lo requiere, estando o no vigente el contrato. A mi juicio, entender lo anterior vulnera los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima, pues estos conflictos se resuelven en el ámbito del derecho civil.

III.3.B. Postura propia.

Coincido con la línea jurisprudencial descrita en cuanto a que el delito estudiado describe dos modalidades típicas de realización alternativa y autónoma. No obstante, en contra de lo defendido por la interpretación jurisprudencial apuntada, considero que la segunda conducta típica generalmente presupone la consumación de la primera, aunque también cabe su realización independiente. Así, por ejemplo, un individuo puede entrar a habitar un inmueble “ocupado” previamente por otras personas que han realizado la primera de las conductas típicas y mantenerse en la usurpación del mismo, sin haber intervenido en el acto de entrada y ocupación inicial. Por tanto, realiza la primera conducta el que toma posesión del inmueble en concepto de dueño y, la segunda, el que usa y disfruta efectivamente del inmueble con conocimiento de la voluntad contraria de su propietario.

La primera conducta típica se configura como delito de naturaleza instantánea. La consumación se produce en el momento en que se toma posesión del inmueble en concepto de dueño, sin el consentimiento del titular. El uso y disfrute posterior es atípico y únicamente es penado, en virtud de la segunda modalidad típica, en cuanto el propietario manifiesta su voluntad contraria y el que ocupa tiene conocimiento de la misma. A partir de este instante consumativo, la configuración como delito permanente de esta segunda conducta típica genera el mantenimiento de una situación antijurídica, que se prolonga todo el tiempo que dura el uso y disfrute contra la voluntad del propietario.

Entiendo que la primera conducta debe considerarse instantánea, porque de entender que es permanente anularía por completo el contenido de la segunda. En efecto, si se

del titular del derecho y una acción añadida consistente en mantenerse en el inmueble, vivienda o edificio ajeno, contra la voluntad del dueño que inicialmente permitió o consintió su acceso”.

²¹¹ SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez); SAP Castellón 145/2011, de 29 de marzo (José Luís Antón Blanco).

²¹² Podría considerarse precarista al que entra en un inmueble previamente usurpado y usa el mismo “sin consentimiento”, si entendemos que esta expresión equivale a tener “consentimiento tácito”.

estima que la primera conducta es permanente²¹³, el uso y disfrute del inmueble sin el consentimiento del propietario sería típico. En este caso, tipificar el mantenimiento en la ocupación, contra el consentimiento del propietario, sería redundante.

En función de lo anterior, en algunos casos, la segunda conducta es subsidiaria de la primera. Esto es así, cuando el autor de la primera usa y disfruta el inmueble, incluso cuando conoce de la voluntad contraria a la ocupación por parte del propietario. En otros casos, la segunda conducta podrá realizarse de forma independiente. Así, en relación a las personas que usan y disfrutan el inmueble usurpado por invitación de los moradores usurpadores y se mantienen en el mismo, cuando el propietario ha manifestado su voluntad en contra de la usurpación. Finalmente, es obvio que la primera conducta también puede realizarse de forma autónoma, en la medida en que cabe que el autor de la ocupación decida abandonar el inmueble cuando tiene conocimiento de la voluntad contraria del titular del mismo o en algún momento anterior antes de esta manifestación.

Por otra parte, si los usurpadores abandonan el inmueble inmediatamente después de haber tenido conocimiento de la voluntad contraria del propietario, se entenderá que no han realizado la segunda conducta típica por faltar el dolo. Si por el contrario dejan el inmueble en un momento posterior, entiendo que cabrá la atenuación de la pena con base en el art. 21.5 CP, referente a la reparación del daño²¹⁴. En efecto, parece adecuado tener en consideración el menor desvalor que conlleva la conducta de aquél que decide interrumpir la situación antijurídica voluntariamente, aunque ya se haya producido la consumación, frente a la del sujeto que únicamente cesa en la afectación del bien jurídico cuando se ve forzado a ello. Se trata de la figura del denominado “desistimiento postconsumativo”, respecto al cual, según la legislación vigente, únicamente parece posible la atenuación²¹⁵.

²¹³ De ser permanente, la primera conducta típica sería la de entrar y mantenerse sin autorización debida.

²¹⁴ No obstante, en estos casos deberá comprobarse que no ha prescrito la primera conducta (art. 130. 6º CP).

²¹⁵ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, pp.144 y ss., en relación al desistimiento postconsumativo. Este autor entiende que el no apreciar circunstancias atenuantes en estos casos, implica no tener en cuenta la intención del agente de evitar la afectación del bien jurídico y supone volver a la pura responsabilidad por el resultado. También, ALCACER GUIRAO, R., “Desistimiento malogrado y reglas de imputación”, p. 1056; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal español: cinco cuestiones fundamentales*, p. 142. Por su parte, PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, p. 264, considera que la mera atenuación no es suficiente en estos casos y expone que: “el art. 16.3 CP concede al partícipe la impunidad, si hace el esfuerzo serio y voluntario de evitar la consumación. Por ello no se trata solamente de un problema de *lege ferenda*, sino de *lege data*, como una forma de aplicación analógica *in bonam partem*”. En sentido radicalmente opuesto se manifiesta la doctrina mayoritaria alemana. En efecto, la misma considera que el desistimiento postconsumativo no produce ningún efecto y debe castigarse el hecho como delito consumado doloso, por faltar el requisito de la eficacia. Así, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, p. 494; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal, Parte general*

En cualquier caso, la aplicación de ambas conductas será alternativa, sin que pueda castigarse simultáneamente por ambas. No obstante, sería una buena solución en los casos en los que se da la realización de ambas conductas en un mismo sujeto, castigar los hechos con mayor pena, dentro del marco legal establecido (art. 66. 6° CP). Se trata de una cuestión de determinación de la pena, para abarcar todo el contenido del injusto.

III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

La postura defendida en el párrafo precedente tiene consecuencias respecto de la prescripción, en la medida que a partir del momento consumativo comenzará a transcurrir el plazo de prescripción del delito, según lo establecido en el art. 131 CP. Dado que la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, no alteró la pena del delito estudiado, parece que la voluntad del legislador no era la de degradarlo a la categoría de delito leve -anteriores faltas- sino mantenerlo en el marco de los delitos “menos graves” (art. 33.3 j) CP), con lo que prescribiría a los cinco años (art. 131.1 CP) desde la consumación de cada una de las dos conductas típicas (art. 132.1 CP). Esto implica, respecto a la primera conducta, que a los cinco años de uso y disfrute pacífico del inmueble, los autores de la ocupación no podrán ser perseguidos por la misma, a no ser que en lo sucesivo concurra manifestación contraria del propietario y posterior mantenimiento en el uso y disfrute. No obstante, aún en este segundo supuesto, considero que debería interpretarse que existió un primer consentimiento tácito, avalado por la tolerancia respecto a la ocupación durante un año y que, de existir voluntad contraria posterior, el desacuerdo debería solventarse por el juicio verbal de precario, en el marco de la vía judicial civil. Entiendo que este caso debería equipararse al del arrendatario, en el sentido de que los ocupantes del inmueble serían poseedores por cuenta ajena y no se habría realizado un verdadero acto de usurpación. Sin embargo, lo anterior no sería válido en los supuestos en los que el propietario no hubiere tenido conocimiento de la usurpación. En estos casos no podría hablarse de consentimiento tácito, ni de tolerancia, ni, en consecuencia, de precario.

Por su parte, según el art. 132.2 CP, el *dies a quo* de los delitos permanentes, que es el caso de la segunda conducta tipificada en el art. 245.2 CP, empieza en el momento en que se elimina la situación antijurídica. Así, con respecto a la conducta de “mantenerse

I: El hecho punible, p. 225. En el marco de la doctrina española es de la misma opinión ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “El desistimiento idóneo fracasado”, p. 880. Este autor niega efectos al desistimiento postconsumativo en virtud de la exigencia de eficacia que impone al desistimiento el art. 16.2 CP.

en el inmueble ajeno contra la voluntad del propietario”, el término de prescripción será de cinco años a partir del momento en que los autores de la conducta abandonen el inmueble usurpado²¹⁶.

No obstante, a pesar de no haber modificado la pena correspondiente al tipo estudiado, lo cierto es que la LO 1/2015, de 30 de marzo, no deja claro a qué categoría de delitos pertenece el de usurpación de inmuebles. En este sentido, el apartado nueve de la mencionada Ley modifica los apartados 3 y 4 del art. 13 CP, disponiendo que: “3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve”. Y, “4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”. En el marco de las penas leves, el apartado veinticuatro del texto legal reseñado, modificando los apartados 2, 3 y 4 del art. 33 CP, recoge, entre otras, la pena de multa de hasta tres meses. Dado que la pena impuesta al delito estudiado (art. 245.2 CP) es de tres a seis meses, en función de la nueva redacción del art. 13.4 CP, podría llegarse a la conclusión de que el delito de usurpación pacífica de inmuebles podría considerarse como delito leve. En este sentido, podría alegarse que la pena de tres meses se inserta aún en el marco de las penas leves y por encima de este límite se trataría de una pena menos grave (art. 33.3 CP nueva redacción). Todo ello podría conducir a la conclusión de que el legislador ha degradado al delito de usurpación pacífica de inmuebles a la categoría de leve por “descuido”.

Tal es la postura que asume la Fiscalía General del Estado, mediante Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves, tras la reforma penal operada por la LO 1/2015. Así, en la misma se establece: “En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave”²¹⁷. Y continúa, bajo la rúbrica “3.2. Degradación sobrevinida de ciertos delitos menos graves”: “(...) También se tiene por leve, como ya se ha explicado, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el art. 33.3 CP. En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de

²¹⁶ En el caso de entender que el delito estudiado se halla entre los “menos graves”, la prescripción será a los cinco años a partir del abandono del inmueble (art. 131 CP).

²¹⁷ Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza”²¹⁸. Por último, en este mismo apartado se refiere expresamente al tipo del art. 245.2 CP²¹⁹.

Si nos acogemos a esta interpretación y consideramos que el delito estudiado pertenece a la categoría de leve, entonces la primera conducta prescribirá al año desde su consumación y, la segunda, al año desde el momento en el que se elimina la situación antijurídica (art. 131.1 CP).

No obstante, en contra de la postura planteada en torno a la naturaleza del delito estudiado, puede argumentarse lo siguiente:

1. Tal y como admite la propia Circular de la Fiscalía en su apartado 3.2 “Degradación sobrevenida de ciertos delitos menos graves”: “Hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo (...)”. La mencionada Circular continúa: “(...) pero lo cierto es que una vez promulgada y publicada la Ley, ésta adquiere vida propia y es su voluntad inmanente (*voluntas legis*) y no la intencionalidad de su autor (*voluntas legislatoris*) la que conforma el nuevo ordenamiento jurídico y vincula con sus mandatos objetivos al intérprete y aplicador”. Esta argumentación de la Fiscalía parece no tener en cuenta que, en el momento de interpretar las leyes, un criterio a tener en cuenta es precisamente el relativo a la “voluntad del legislador” en el momento de elaborarlas. Es precisamente la interpretación de las Leyes conforme a esta voluntad lo que las dota de carácter democrático.
2. Por otra parte, también podría argumentarse que el modificado art. 13.4 CP, en su segundo inciso, al establecer que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve” se refiere a aquellos delitos que tienen una pena de multa cuya franja inferior se halla por debajo de los tres meses, en atención a lo dispuesto en el art. 33.4.g) CP, que recoge como pena leve la de hasta tres meses. A lo anterior también podría añadirse que el art. 33.3.j) CP en su nueva redacción considera pena menos grave la de más de tres meses, con lo cual la multa de tres a seis meses parecería corresponderse perfectamente con esta previsión.

En cualquier caso, lo que puede concluirse es que la cuestión no está en absoluto clara y que ello puede comportar importantes problemas prácticos, en la medida en que afecta a temas tan importantes como son el de la prescripción, la posibilidad o no de detención o

²¹⁸ Circular 1/2015.

²¹⁹ Circular 1/2015.

de decretar la entrada y registro, y también elementos de naturaleza garantística derivados del diferente proceso a seguir para enjuiciar las distintas categorías de delito. Todas estas cuestiones se valorarán a lo largo de este estudio.

IV. El tipo subjetivo.

IV.1. El dolo.

La parte subjetiva del tipo se refiere al ánimo concreto que rige la conducta típica realizada por el autor. El tipo objeto de estudio únicamente se castiga en su modalidad dolosa, ya que el legislador no ha tipificado expresamente su comisión culposa. Nuestro Código Penal no recoge una definición del término “dolo” y tampoco precisa cuál es su contenido. Únicamente el art. 14.1 CP parece aclarar en cierta medida el concepto. Así, el mencionado precepto dispone que: “El error de un sujeto sobre el hecho constitutivo de infracción penal (error de tipo) excluye la realización dolosa (...)”. Lo anterior implica que, para que pueda apreciarse el dolo, el agente debe actuar con una información plena y correcta respecto de las circunstancias que atañen al hecho típico. En función de lo anterior, puede concluirse que uno de los requisitos esenciales del dolo es el conocimiento. No obstante, a partir de esta certeza, la doctrina no ha llegado a un acuerdo acerca de si debe entenderse que éste constituye el único elemento del dolo o si, por el contrario, este concepto debe integrarse de algún otro contenido más, no recogido expresamente en el texto legal.

En efecto, tradicionalmente el dolo penal se ha entendido como “conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, sin que se requiera que se advierta que dicha realización es antijurídica”²²⁰. No obstante, en la actualidad, este concepto voluntarista del dolo parece haber entrado en crisis, a causa de las dificultades probatorias que suscita en el proceso penal y cada vez hay más voces en la doctrina que abogan por un concepto de dolo integrado únicamente por el conocimiento²²¹. No obstante, nuestra jurisprudencia más reciente parece continuar en la línea de la postura tradicional apuntada más arriba y, respecto del contenido del concepto de “dolo” en relación al delito objeto de este estudio, manifiesta: “(...) lo que

²²⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 416, define el dolo como conocer y querer todas las circunstancias del tipo penal. No obstante, ROXIN admite que la existencia del elemento volitivo en el marco del concepto del dolo es cada vez más discutida. En el mismo sentido, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 255-258; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 272.

²²¹ Respecto a la doctrina alemana, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 446, nota 118. En España, véase por todos, RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 345-353, entiende que puede apreciarse que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyéndole la concreta capacidad de realizar el tipo penal.

exige la realización del tipo, desde el punto de vista subjetivo, es la concurrencia de dolo, es decir el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización del titular del bien para la ocupación del mismo, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. Este elemento concurre, en consecuencia, cuando consciente y voluntariamente se supera la naturaleza de acto simbólico que la ocupación tenía inicialmente como protesta social, para convertirse en una ocupación permanente o indefinida, que necesariamente tenía que perturbar, y perturbó de un modo intenso y relevante, la posesión del titular.”²²²

En mi opinión, el dolo existe desde el momento en que el agente “conoce” las circunstancias del hecho típico, en los términos apuntados por RAGUÉS I VALLÉS²²³. No obstante, considero que esta forma de “conocer” ya implica la concurrencia del aspecto volitivo. Ello es así en la medida en que realizar una acción con pleno conocimiento supone que esta acción “quiere” realizarse. En efecto, si un sujeto “sabe” que un coche no es suyo y aun así decide usarlo es que “quería” utilizarlo, pese a ser ajeno. En este sentido, si se prueba el conocimiento, ya puede presuponerse la concurrencia de una voluntad implícita al mismo. A mi entender, la regla anterior es aplicable incluso a los supuestos en los que el agente es presionado para que realice la acción típica. En estos casos, el sujeto “conoce” que realiza la acción típica y, en este sentido, puede presuponerse su voluntad de realizar la misma. En efecto, el sujeto “quiere” cometer la acción desvalorada, porque prefiere el realizarla a enfrentarse a la presión. Así, el hecho será típico pues existirá dolo, pero podrá no ser antijurídico si se aprecia la concurrencia de una causa de justificación.

IV.1.A. El dolo respecto de la primera modalidad típica.

En el caso de la primera modalidad típica el dolo implica tomar posesión de un bien inmueble ajeno, de forma consciente. Cuando el autor de la conducta se representa el estar realizando la misma, con todos sus elementos y con plena consciencia, se trata de un caso de dolo directo²²⁴. Así, por ejemplo, concurre este dolo en la persona que desea tomar posesión de un bien inmueble ajeno en exclusiva, a sabiendas de que con esta conducta perturbará el derecho posesorio del legítimo propietario del inmueble.

Frente al dolo directo, en la categoría del dolo eventual la lesión del bien jurídico protegido se representa como posible pero no inevitable. Esta categoría ha presentado problemas en la configuración de su contenido, al ser difícil su distinción de otra categoría, la culpa consciente, que pertenece a la imprudencia. Por ejemplo, existirían

²²² STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

²²³ RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 345-513.

²²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 271.

dudas acerca de la concurrencia de dolo eventual o de culpa consciente en el caso de una persona sin lugar donde habitar, a quien un conocido le explica que tiene una casa vacía de la que ha perdido la llave y que se la puede dejar si se hace cargo de abrir la puerta y cambiar la cerradura. En este supuesto, la persona en cuestión podría abrigar la sospecha de que el inmueble le es ajeno a aquel que le ha prestado la información, dado que carece de llave del mismo y le está sugiriendo que rompa los mecanismos de cierre dispuestos. No obstante, la urgencia de hallar una vivienda puede llegar a motivarle a ocupar el inmueble de todas formas, pese a la posibilidad de estar tomando posesión del mismo, sin el consentimiento de su legítimo propietario. Frente a este caso, podría plantearse un supuesto parecido, en el que el falso propietario del inmueble entrega al sujeto las llaves del mismo.

Ha habido numerosos intentos de diferenciar los casos de dolo eventual de los de culpa consciente, debido a las distintas consecuencias jurídicas que generan dolo e imprudencia²²⁵. A partir de los años cincuenta, la teoría del consentimiento o la aprobación y la teoría de la probabilidad o de la representación²²⁶ son superadas por teorías eclécticas²²⁷. Ésta últimas exigen, aunque con diferente terminología, por un lado que el sujeto “tome en serio” la posibilidad del delito y, por otro, que se “conforme”, aunque sea a disgusto, con esta posibilidad eventual²²⁸. De esta forma, parecen superarse los problemas planteados por las posturas anteriormente referidas, pero se plantean nuevos obstáculos²²⁹. En la actualidad las teorías cognoscitivas están recuperando su vigor.

En cualquier caso, lo cierto es que, en la práctica, es difícil hallar supuestos reales en los que exista duda en relación a la realización del tipo estudiado mediante dolo eventual o culpa consciente. Lo que suele producirse es un conocimiento y una voluntad clara de la realización del tipo por parte del autor. En todo caso, de presentarse un supuesto de estas características, nuestros tribunales deberían optar por la apreciación de la comisión imprudente. Ello en virtud de los principios *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia.

²²⁵ Al respecto, véase RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 53-71; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 272-276.

²²⁶ La teoría de la probabilidad o de la representación supera los problemas de la teoría del consentimiento o aprobación, al fijarse únicamente en el grado de probabilidad objetivo, de que se produzca el resultado. Aquí el problema está, en determinar el grado exigible. En el marco de esta postura, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de derecho penal*, pp. 175 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 265, defiende una determinada versión de la teoría de la probabilidad en la que no importa la sola conciencia de la probabilidad si no el pronóstico del sujeto en el caso concreto. Por otra parte, la aceptación debe entenderse con respecto a la conducta peligrosa y no en relación al resultado delictivo.

²²⁷ Al respecto, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 274-275.

²²⁸ Para una mayor comprensión de este aspecto, véase RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el derecho penal*, pp. 97-108.

²²⁹ Al respecto, RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 108.

IV.1.B. El dolo en la segunda conducta típica.

Por su parte, el tipo subjetivo de la segunda conducta descrita en el art. 245.2 CP requiere: 1. Conocer la voluntad contraria a la usurpación por parte del propietario del inmueble; y 2. Saber que se está usando y disfrutando del mismo pese a lo anterior. Una persona ejecuta la segunda conducta típica con dolo directo cuando, de forma consciente²³⁰, se mantiene en un inmueble ajeno con conocimiento de la voluntad contraria de su propietario. Por otra parte, existirían dudas sobre si concurre dolo eventual o culpa consciente, en el caso de un sujeto al que se le ha notificado una denuncia interpuesta en su contra, por la comisión de un presunto delito de usurpación de inmuebles, pero que se mantiene en la ocupación pensando que el denunciante no es el verdadero titular del inmueble. Es evidente que debería probarse la veracidad de tal creencia y ésta apoyarse sobre indicios objetivos. En caso contrario, debe entenderse que el sujeto muestra una ceguera deliberada, por lo que concurre dolo eventual²³¹.

IV.2. El Error.

Estrechamente vinculado al tema del dolo, se halla la figura del error. Ello es así en la medida en que el error de tipo es precisamente lo contrario a la existencia del dolo. Se trata de un error que recae sobre las circunstancias que dan contenido a la figura o tipo delictivo, es decir, sobre las circunstancias del hecho y, por ello, cuando es invencible elimina la tipicidad dolosa y culposa. Por otro lado, cuando es vencible únicamente elimina la tipicidad dolosa. En el caso que aquí se trata, ambas clases de error de tipo tienen idénticas consecuencias, en la medida en que la usurpación pacífica de inmuebles no se castiga en su realización culposa o imprudente.

²³⁰ Entendiendo esta consciencia en los términos apuntados más arriba. Véase *supra* IV.1. El dolo.

²³¹ RAGUÉS i VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada en derecho penal*, p. 111, admite la equiparación de la figura de la “ignorancia deliberada” y la prueba de la concurrencia de conocimiento exigida por el dolo eventual, cuando se dan una serie de requisitos que deben ser objeto de prueba en el juicio y “cuya constatación no ha de ser más sencilla que la prueba del elemento cognitivo del dolo”. Según RAGUÉS, los requisitos necesarios para que la “ignorancia deliberada” merezca el tratamiento que la ley prevé para las conductas dolosas son: sospecha previa, persistencia en el tiempo de la decisión de desconocer y una determinada motivación. La jurisprudencia se refiere también a la ignorancia deliberada, entre otras, en STS 623/2013, de 12 de julio (Julián Sánchez Melgar), en el caso de un transporte de estupefacientes por medio de aeronave. Así argumenta que: “(...) quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede y debe saber, está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito actuar en que voluntariamente participa. O, como dice la STS 633/2009, de 10 de junio, quien se encuentra en una situación que se conoce como ceguera voluntaria (willfull blindness), no está excluido de responsabilidad criminal por la acción ejecutada”. Con base en lo anterior, la mencionada sentencia aprecia la concurrencia de dolo eventual en la actuación del propietario de la aeronave. En el mismo sentido, se pronuncia la STS 354/2015, de 9 de junio (Julián Sánchez Melgar), a propósito de un delito de tráfico de drogas por medio de paquete postal. Aquí se aprecia que concurre dolo eventual, en relación a una persona que recibe el paquete en cuestión, para entregarlo a otra.

Respecto a la primera modalidad de realización del tipo objeto de estudio, cabría alegar error en dos casos: 1. Respecto de la ausencia de autorización del propietario para ocupar el inmueble. Un ejemplo de lo anterior sería el del sujeto que cree haber sido autorizado para ocupar el inmueble por el legítimo propietario del mismo, cuando en realidad quien le dio permiso no era el titular. 2. Respecto de la ajeneidad del inmueble. Un ejemplo de este segundo supuesto sería el del sujeto que cree ejercer legalmente el dominio sobre el inmueble que ocupa, por haberlo adquirido de su anterior propietario, desconociendo que el bien en cuestión había sido objeto de embargo con anterioridad a la transmisión.

En relación a la segunda modalidad típica, cabría plantearse el error también en dos casos: 1. De nuevo respecto de la ajeneidad del inmueble. 2. Respecto de la voluntad contraria del propietario en relación a la ocupación. Un ejemplo de este segundo supuesto sería el del sujeto que manifiesta no haber sido informado por el propietario del inmueble de su oposición a la ocupación.

La jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de estimar la concurrencia de un error de tipo, ya sea invencible o vencible, en relación al tema objeto de este estudio. Se han hallado muy pocas sentencias en las que se admita la eximente, y tras el examen de los supuestos de hecho enjuiciados, se observa que no se tratan de verdaderos casos de usurpación de inmuebles. En este sentido, la SAP Rioja 97/2010²³² aprecia error de tipo invencible en el caso de unos camiones de titularidad privada que usan unos caminos propiedad del Ministerio de Defensa. Existía una certificación del ayuntamiento que ponía de manifiesto el carácter público de los caminos y ello, según el Tribunal, generó una duda razonable en los acusados que justificaría la apreciación del error. No obstante, en mi opinión no nos hallaríamos ante una verdadera usurpación de inmueble, en la medida en que el uso que hacen los camiones del camino no puede considerarse una toma de posesión en concepto de dueño²³³. Por su parte, la SAP Huesca 120/2013²³⁴ aprecia el error de tipo invencible por falta de acreditación del conocimiento, por parte del acusado, del otorgamiento de la posesión de las naves industriales a otra persona. En este supuesto de hecho, el acusado, que ejercía el usufructo de la finca por cesión por parte del propietario de la misma, alega desconocer que el inmueble había sido embargado por un procedimiento hipotecario. En cualquier caso, tampoco aquí se trataría de un caso real de usurpación de inmuebles, en la medida en que la posesión ejercida en un principio por el acusado es una posesión en nombre ajeno derivada de las disposiciones de un contrato civil. En virtud del art. 436 CC, “se presume que la

²³² SAP Rioja 97/2010, de 31 de marzo (José Luis Díaz Roldán).

²³³ Además, debería valorarse si el camino dispone de los medios de exclusión de terceros que lo hacen apto para ser susceptible de usurpación. Al respecto véase *supra* II. Características del tipo y objeto material.

²³⁴ SAP Huesca 120/2013, de 11 de julio (Tomás García Castillo).

posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”. Por último, la STS 143/2011 absuelve del delito de usurpación de inmuebles a un sujeto que se niega a abandonar una finca cuando le requiere su legítimo titular²³⁵. El sujeto en cuestión cree estar legitimado para usar la finca en virtud de tres contratos de cesión en su favor, autorizados por quien no era dueño y se erigió como tal. Aquí se trata de un caso de error en relación a la ausencia de consentimiento del titular del inmueble y nos hallamos ante una verdadera ocupación en concepto de dueño, sin embargo el Tribunal no aprecia expresamente el error y basa la absolución en el hecho de que el querellante no intentó la impugnación de los mencionados contratos por la vía civil.

En la mayor parte de los casos en los que se ha alegado el error ante los tribunales, en relación a una presunta usurpación de inmuebles, no se ha apreciado la concurrencia de esta circunstancia. Del examen de nuestra jurisprudencia, respecto al tema del error en relación al delito estudiado, se derivan las siguientes conclusiones: 1. La prueba del error corresponde a quien la alega²³⁶. 2. No puede apreciarse el error respecto a la ajeneidad del inmueble por entender que éste no pertenece a nadie, cuando el mismo dispone de mecanismos de cierre y de exclusión de terceros²³⁷. 3. El propietario no está obligado a acreditar su titularidad sobre el inmueble. Corresponde a quien lo ocupa indagar la identidad del propietario²³⁸. 4. Todo posible error inicial, sobre la concurrencia de consentimiento, desaparece cuando el que ocupa es requerido para abandonar el inmueble²³⁹.

A la vista de los criterios jurisprudenciales anotados, cabe plantearse hasta qué punto es correcto trasladar la carga de la prueba a la parte que alega el error. Por supuesto, cuando hay numerosos indicios que apuntan a que éste no concurre, corresponderá a quien lo alega contradecir los mismos. Pero, de entrada, en virtud de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, el probar la inexistencia de error debería corresponder a la acusación. Por otra parte, tampoco parece adecuado que el propietario

²³⁵ STS 143/2011, de 2 de marzo (José Antonio Martín Pallín).

²³⁶ En este sentido, respecto de un supuesto en el que se planteaba la concurrencia de un error sobre la ajeneidad del inmueble, SAP Alicante 569/2002, de 21 de diciembre (Virtudes López Lorenzo) entendió que no se daba el error invencible alegado por no considerar suficientemente acreditado que los recurrentes hubieran ocupado el inmueble con el consentimiento de una persona que aparentaba ser el legítimo propietario del mismo. No obstante y *a sensu contrario*, parece ser que cabría apreciar el error en el caso de que se hubiera podido probar que efectivamente una persona se había hecho pasar por el propietario del inmueble

²³⁷ SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paúl Velasco).

²³⁸ SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paúl Velasco).

²³⁹ SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paúl Velasco); SAP Ávila 195/2004, de 15 de noviembre (Jesús García García); SAP Toledo 55/2014, de 5 de junio (Urbano Suárez Sánchez); SAP Murcia 243/2013, de 3 de septiembre (Matías Manuel Soria Fernández-Mayorales); SAP Castellón 21/2001, de 23 de enero (José Luis Antón Blanco).

del bien no se halle obligado a demostrar su titularidad sobre el mismo, dado que es un factor esencial y determinante en relación a la configuración de ciertos requisitos del tipo como lo son la ajenidad, la falta de consentimiento respecto a la primera conducta o la voluntad contraria en relación a la segunda²⁴⁰.

V. Autoría y participación.

V.1. Introducción.

En este epígrafe se parte del análisis de los conceptos de autor, coautor y autor mediato en relación al delito objeto de análisis. A continuación, se examinan las figuras del inductor, del cooperador necesario y del cómplice. Como se verá, la diferencia existente entre la figura del cooperador necesario y la del cómplice está en la intensidad del aporte hecho al acto típico²⁴¹. Cuando la cooperación no adquiere la entidad suficiente, nos hallaremos ante un caso de complicidad²⁴². Para realizar el análisis reseñado se analizarán las figuras apuntadas en relación a cada una de las conductas típicas.

V.2. Ocupar un inmueble, vivienda o edificio ajeno, sin el consentimiento del propietario.

En relación a la primera conducta descrita en el tipo, es autor quien toma posesión, en concepto de dueño, de un inmueble ajeno que no constituye morada, destruyendo las barreras dispuestas por su legítimo propietario para garantizar su uso privado y disponiendo otras nuevas, afectando con todo ello la posesión civil del titular. En el caso de la “okupación”, es común que el hecho típico sea fruto de la decisión conjunta entre varias personas, que así mismo participan de igual manera en la comisión del mismo (co-dominando su ejecución). No es importante quién realiza el verbo típico, sino si se afecta el bien jurídico. Tampoco es relevante quién ejecuta los actos efectivos que posibilitan la toma de posesión pues, en virtud del principio de imputación recíproca, es

²⁴⁰ Contra este criticable proceder, contrario a la presunción de inocencia, véase FELIP SABORIT, D., *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, p. 192; CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿Obligación de la defensa o de la acusación?”, pp. 1-19.

²⁴¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, pp. 346 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., en EL MISMO (dir.)/ MORENO TORRES-HERRERA, M^a. R. (coord.), *Lecciones de derecho penal (Parte general)*, p. 184.

²⁴² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 159, señala, en el marco de su teoría “de los bienes escasos”, que lo importante de la aportación es que sea complicado su remplazo.

la fuerza del proyecto común lo que da cariz al total de la conducta. En este caso, nos hallaremos ante varios coautores²⁴³.

Así, lo relevante es la toma de posesión, entendida como el conjunto de actos que posibilitan que el inmueble ajeno pase a disposición de los usurpadores, impidiéndose la utilización del mismo por parte de su legítimo propietario y, con ello, afectando su posesión sobre el mismo. Los actos ejecutivos que llevan a la toma de posesión pueden y suelen ser realizados por varios sujetos siguiendo las directrices de un plan común. Este proyecto conduce finalmente a la posibilidad de disposición conjunta del bien, con exclusión de terceros, incluido el propietario-poseedor legítimo del inmueble. Así, todos los sujetos que pasan a disponer del inmueble, siguiendo lo trazado en el plan común y afectando al bien jurídico, posesión civil, son coautores.

Por otra parte, según lo dispuesto en el art. 28 CP *in fine* también son autores los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven de instrumento. El precepto reseñado se refiere aquí a la figura del autor mediato. La teoría “del dominio del hecho”²⁴⁴ permite explicar que existen sujetos que, sin ejecutar de propia mano un tipo penal, son autores si son titulares del dominio del hecho. En este sentido, es interesante retomar un supuesto de hecho planteado con anterioridad en este mismo trabajo²⁴⁵. Me refiero al caso del sujeto que convence a otro para que usurpe un inmueble ajeno asegurándole que es de su propiedad. En relación a este supuesto, interesa determinar la forma de imputación del sujeto que se hace pasar por el propietario del inmueble, cuando se aprecia que el ejecutor de la usurpación actúa en error de tipo. En el caso estudiado, el realizador material del hecho actúa sin conocimiento, por lo que es el hombre de atrás el que domina la situación; le ha instrumentalizado. Tal y como expone MIR PUIG²⁴⁶, es posible que la actuación del que realiza materialmente la conducta sea atípica, pero ello no obsta a que con ella el autor mediato lesione el bien jurídico. Precisamente por gozar de la consideración de autor, su conducta no es accesoria del

²⁴³ En función de la teoría del dominio del hecho, en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la realización del delito. El autor decide el sí y el cómo de la ejecución del mismo, es decir, dirige su acción hacia la consumación de la conducta típica y tiene la posibilidad de realizarla, o no. El dominio del autor se manifiesta, por un lado, de forma subjetiva porque el autor lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, por otro, se expresa de manera objetiva porque tiene la capacidad de interrumpir el desarrollo del hecho si lo desea. Los coautores gozan del dominio subjetivo del hecho, pero no pueden parar por sí solos la realización del hecho típico. Al respecto, véase ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal, passim*; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 416.

²⁴⁴ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal, passim*; GÓMEZ GONZÁLEZ, O., *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, pp. 55 y 56; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en el derecho penal*, pp. 63-67; ALCÁ CER GIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría*, p. 126; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 371-394; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, pp. 363 y ss.; PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pp. 57 y 58.

²⁴⁵ Véase *supra* IV.2. El Error.

²⁴⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 397-419.

ejecutor material. Nuevamente aquí lo relevante no es la realización del hecho típico, sino, el control de la concreta afectación del bien jurídico²⁴⁷.

Según lo expuesto, y volviendo al supuesto de hecho planteado, sería posible condenar al falso propietario como autor mediato de un delito de usurpación pacífica de inmuebles, incluso cuando el ejecutor material del tipo actuara en error de tipo y a pesar de la formulación del precepto. Ello parece lo más adecuado para expresar proporcionalmente el grado de desvalor de la conducta del falso propietario.

El Código Penal también considera autores a aquellos que, sin tomar parte directa en la realización del hecho, fuerzan o inducen a otros a ejecutarlo. En los casos de “okupación” es frecuente que alguna persona vea un lugar susceptible de ser ocupado y alerte a otros para que ejecuten el acto. Si la indicación aportada por el sujeto es determinante para la realización de la misma, se tratará de un caso de inducción.

Así mismo son considerados autores por el Código Penal los que cooperan con a la realización de un acto sin el cual la conducta típica no se hubiera realizado. Así, por ejemplo, aquéllos que ayudan de forma determinante a la ocupación, pero en los que no concurre el dolo típico.

Cuando la inducción o el acto de cooperación no revistan la entidad necesaria se tratará de un caso de complicidad²⁴⁸. Así, será cómplice el que acompañe a la ocupación de un determinado inmueble, cuando éste de todas formas hubiera sido ocupado sin él²⁴⁹. También lo serán aquellos que, sin voluntad de tomar posesión del inmueble y sin que su colaboración sea imprescindible²⁵⁰, se encarguen de vigilar la calle en la que éste se halla sito, mientras dura la toma de posesión, a fin de alertar de la posible llegada de la policía. En el mismo sentido, los que tengan la función de llamar la atención a fin de disimular la realización de la ocupación. En relación a este último caso, se han dado casos de “okupaciones” que se han llevado a cabo con ocasión de ciertas

²⁴⁷ ALCACER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría*, pp. 161, 171 y ss.

²⁴⁸ Respecto de la inducción que reviste poca entidad, podría entenderse que concurre complicidad psíquica. En este sentido, puede imaginarse el caso de un sujeto que ya está decidido a ocupar un inmueble ajeno y que, al recibir el influjo psíquico de otro incitándolo a realizar la conducta típica, refuerza su decisión. No obstante, la complicidad psíquica plantea problemas en relación a la prueba.

²⁴⁹ Se trata de la figura de la *onmimodo facturus*. Al respecto de estos casos, gran parte de la doctrina considera que la conducta del “inductor” debe ser punible, a pesar de que el sujeto activo previamente hubiera adoptado la decisión delictiva. En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *La conspiración para cometer el delito. Interpretación del artículo 4.1 CP: los actos preparatorios de la participación*, pp. 175 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 439.

²⁵⁰ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, p. 59, al respecto de la teoría de los bienes escasos. También es clarificadora la exposición de QUINTANAR DÍEZ, M. (dir.)/ORTÍZ NAVARRO, J. F., en LOS MISMOS, *Elementos del derecho penal. Parte general*, p. 118.

manifestaciones, aprovechando las mismas para camuflar el acto típico²⁵¹. Los manifestantes, de conocer los hechos, serían cómplices de los mismos.

Dado que la conducta se consuma con la toma de posesión del inmueble en los términos apuntados y que la situación de uso y disfrute posterior a la consumación no es antijurídica, no cabe ningún tipo de participación en relación a esta primera conducta con posterioridad al momento consumativo.

V.3. Mantenerse en la ocupación contra el consentimiento del propietario.

En función de la redacción del art. 245.2 CP, también son “autores” los que se mantengan en la ocupación contra el consentimiento del propietario. Es decir, aquellos que usen y disfruten del inmueble a sabiendas de la voluntad contraria de su titular respecto de la ocupación, pero que no hayan intervenido en la misma. De igual modo que en relación a la primera conducta descrita por el tipo, también es común aquí que el actuar se realice de mutuo acuerdo, por dos o más personas. Así, en el caso de un inmueble deshabitado, habilitado como vivienda, serán autores individuales o coautores todos aquellos que habiten el inmueble contra la voluntad del titular. Cuando se trata de inmuebles ocupados y destinados a otros “fines”²⁵², serán coautores los que lo utilicen (ya sea dirigiendo, organizando o posibilitando la realización de las actividades) e inductores los que las publiciten y con su conducta animen a otros a usar el inmueble contra el consentimiento del propietario.

Con respecto a esta segunda conducta, queda por ver si cabe o no algún tipo de “participación”. Cuando se fija una fecha de desalojo, en general suele darse una actividad de resistencia dirigida a evitar el mismo. Ningún acto de resistencia, entendido individualmente, puede revestir la entidad suficiente como para que pueda considerarse que sin el mismo no hubiera podido mantenerse la situación de ocupación. Es la participación conjunta de muchas personas lo que permite que, para evitar el riesgo de lesionar su integridad, se paralice el desalojo. Se trata de un caso de participación sucesiva o adhesiva²⁵³. Por otra parte, también será partícipe el que trae comida a las

²⁵¹ Así, por ejemplo, en Barcelona se ocupó un inmueble deshabitado, sito en la plaza *St. Josep Oriol*, en el transcurso de una manifestación en favor de la paz mundial, en torno al año 2001.

²⁵² Así, en los denominados “Centros sociales” puede haber un espacio destinado a vivienda, pero se reserva la mayor parte del inmueble a la realización de actividades abiertas al público.

²⁵³ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 416; GOMEZ TOMILLO, M., “Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva”, pp. 73-142.

personas que ocupan un inmueble e impiden desde el interior del mismo que se realice el desalojo²⁵⁴.

VI. Sujetos Pasivos

El *sujeto pasivo* es el titular del interés ofendido por la conducta descrita en el tipo. Es decir, el propietario del bien inmueble usurpado. En el caso de las usurpaciones de inmuebles adquiere máxima relevancia la figura del sujeto pasivo. Ello es así en la medida en que se condiciona la tipicidad de las conductas a la ausencia de su consentimiento, en relación a la primera conducta y a su voluntad contraria a la ocupación, con respecto a la segunda. Ello conlleva en la práctica que únicamente se admita denuncia o querrela por parte del propietario del inmueble²⁵⁵. Lo anterior garantiza que la ocupación se ha llevado a cabo sin el consentimiento del mismo o que se mantiene contra su voluntad. Por otra parte, la notificación de la denuncia puede servir de prueba respecto del conocimiento de esta oposición por parte de los usurpadores. En los casos en que no es el propietario quien interpone la denuncia, existen dudas sobre si éste tolera la ocupación o bien no se halla ejerciendo su derecho posesorio, por lo que no habría afectación del bien jurídico.

En este sentido, es importante efectuar otra distinción entre el sujeto pasivo que es ente público y el que es ente privado. En el primer caso, la policía puede iniciar el proceso interponiendo la denuncia por sí misma. De esta forma todo puede llegar a transcurrir más rápido y la identificación y el desalojo pueden efectuarse en un solo acto si el inmueble usurpado no se ha constituido en morada de los autores de la ocupación²⁵⁶. En el caso del propietario particular, éste puede efectuar la denuncia ante la policía o el juzgado y ello dará inicio al proceso. Por otra parte, si no media esta denuncia y existe, por ejemplo, una llamada de los vecinos a la policía, esta última debe tratar de localizar al propietario del inmueble para informarle de los hechos y hacerle el ofrecimiento de acciones. Cuando la policía no puede hallar al propietario, únicamente verificará los hechos y tomará identificación a los ocupantes si éstos se prestan a ello y no tramitará denuncia, pues se desconoce si la ocupación se hizo “sin el consentimiento del propietario”.

A pesar de las diferencias anotadas, la jurisprudencia se ha esforzado en remarcar que “el régimen jurídico de la propiedad privada es único, al margen de la condición pública o privada de su titular”²⁵⁷. No cabe pues basar la impunidad de la conducta en

²⁵⁴ Para determinar el grado de participación habremos de atender a la “teoría de los bienes escasos”. Al respecto véase *supra* V. Autoría y participación.

²⁵⁵ Esto se comentará en más profundidad en *infra* I.2.A.a. El Ministerio Fiscal y II.1. El inicio del procedimiento.

²⁵⁶ Véase *infra* II.3.A. El concepto de morada en el art. 202 CP.

²⁵⁷ Por ejemplo SAP Córdoba 76/2000, de 9 de octubre (Pedro Roque Vilamor Montoro).

alegaciones relativas a la condición pública del propietario, a la función social ligada al contenido esencial del derecho de propiedad y al deber de los poderes públicos de fomentar el acceso a la vivienda²⁵⁸. En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria ha expuesto que “(...) la función social hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté, y precisamente aquello a lo que conduciría sería, en su caso, (...) a la inclusión de ese inmueble en un programa de política de viviendas sociales, con los requisitos que le son propios, y que, en cuanto a los particulares afectados, pasaría por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos el de su solicitud, y el de establecimiento de criterios de preferencia que aseguran la mayor objetividad posible, que desde luego no se conseguiría con conductas como la que aquí tratamos (...)”²⁵⁹.

No obstante lo anterior, sí que se llega a resoluciones absolutorias con respecto a bienes de titularidad pública objeto de usurpación, cuando se trata de inmuebles en relación a los cuales el ente público propietario todavía no ha fijado ningún proyecto de utilidad social o bien ha caducado el plazo que había fijado para realizarlo. Pero en realidad, el argumento que guía hacia la absolución, en estos casos, es el estado de abandono de dichos bienes con la consiguiente falta de afectación a la posesión del propietario y no la titularidad pública de los mismos, en relación a los deberes de los poderes públicos.

Junto a este concepto está el de “perjudicado”, que es más amplio que el de sujeto pasivo, al abarcar a todo aquél que soporta las consecuencias del delito²⁶⁰. Así, este término haría referencia: 1. Al propietario que ejerce la posesión del inmueble; 2. A quien es titular del dominio, que no dispone del goce y disfrute del inmueble, pero que con la usurpación podría ver afectada de alguna forma la disposición interna o externa del inmueble de su propiedad; 3. Al poseedor material no propietario, por ejemplo el arrendatario; 4. También podrían ser en su caso perjudicados los vecinos por posibles altercados vinculados a la usurpación o por la ruptura de la cerradura de acceso común al edificio, si se ocupa un piso del mismo.

VII. Concursos.

Analizados todos los elementos del delito, otro aspecto relevante es lo concerniente al concurso. Esta figura se da: 1. Cuando un hecho realiza dos o más tipos penales. 2. Cuando varios hechos de un mismo sujeto realizan otros tantos delitos, siempre y cuando ninguno de ellos se cometa después de haber recaído sentencia firme con

²⁵⁸ No obstante, como se verá *infra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna y I.2. La necesidad real de vivienda. El estado de necesidad, lo anterior puede tener consecuencias en el ámbito de la antijuridicidad.

²⁵⁹ SAP Córdoba 76/2000, de 9 de octubre (Pedro Roque Vilamor Montoro).

²⁶⁰ NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 131.

respecto a alguno de ellos. 3. Cuando un delito de los que se realizan es medio necesario para ejecutar el otro. En el primer caso nos hallamos ante un concurso ideal (art. 77 CP), en el segundo, ante un concurso real (arts. 73, 75 y 76 CP) y, en el tercero, ante un concurso medial.

Con respecto al tipo objeto de nuestro estudio, cabe la posibilidad de existencia de un concurso con respecto al tipo de daños del art. 263 CP. Esto puede producirse en el momento de entrada en el inmueble para hacer efectiva la usurpación. En estos casos se daría el tipo daños en relación de concurso medial con respecto al tipo contemplado en el art. 245.2 CP²⁶¹. Ello es así porque sería necesaria la producción de los daños para posibilitar la ocupación²⁶². En el caso de daños que se produzcan en una etapa posterior, cuando los sujetos se mantienen en la ocupación, la relación será de concurso real²⁶³. En el caso de que el bien inmueble usurpado sea de propiedad pública, puede concurrir el tipo del art. 263.4 CP en las mismas formas descritas en los párrafos precedentes.

Otros tipos que en algunos casos se desarrollan de forma paralela al delito de usurpación son los contemplados en los arts. 255 y 256 CP. El art. 255 hace referencia a las “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”²⁶⁴. Entiendo que la relación entre este tipo y el de usurpación se presentan en la forma del concurso real.

²⁶¹ SAP Asturias 170/2015, de 29 de abril (Ana Álvarez Rodríguez), en relación a una usurpación de inmuebles con ruptura de cerradura para posibilitar la entrada. En el mismo sentido, SAP Madrid 179/2014, de 11 de abril (José María Casado Pérez); SAP Zaragoza 254/2000, de 12 de julio (Antonio Eloy López Millán).

²⁶² A este respecto la jurisprudencia entiende que no es suficiente con una relación de medio a fin entre ambas conductas delictivas, sino que exige una vinculación de real necesidad considerada desde una perspectiva objetiva. Por otra parte, la determinación de en qué casos un delito es un medio necesario para cometer otro, debe ser valorada en un sentido concreto y en relación específica con el último fin perseguido por el autor o autores de los hechos delictivos. En este sentido, STS 472/2012, de 12 de junio (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); STS 590/2004, de 6 de marzo (Andrés Martínez Arrieta); STS 1632/2002, de 9 de octubre (Julián Sánchez Melgar).

²⁶³ SJP núm. 11 de Madrid 42/2014, de 25 de enero (Ricardo Rodríguez Fernández), condena por el delito de usurpación, pero absuelve respecto del de daños, por no haber quedado acreditado que los acusados fueran los autores de los “daños vandálicos ocasionados en el interior del inmueble; SAP Madrid 363/2003, de 10 de septiembre (Inmaculada Melero Claudio), absuelve por los delitos de usurpación y daños a unos jóvenes que se colgaron de la azotea de un edificio en el momento del desalojo del mismo, por entender no quedar acreditada una continuidad de los mismos en el inmueble, ni que fueran éstos los causantes de los desperfectos en el mismo. No se han hallado más sentencias al respecto de esta relación real entre el delito de usurpación pacífica de inmuebles y el de daños. Esto puede ser consecuencia de la dificultad de probar la antigüedad de los daños y su atribución a los usurpadores.

²⁶⁴ SAP Valencia 237/2002, de 14 de octubre (José María Tomás Tío). La Audiencia considera que no se realiza el tipo de usurpación de inmuebles por tratarse de un edificio en ruina adquirido para su derribo, pero sí que se aprecia una falta de defraudación de electricidad, por haberse realizado una toma de luz a través de una conexión desde el tendido eléctrico situado en la calle. No se han hallado más sentencias al respecto, probablemente porque en muchos supuestos las defraudaciones se hacen a partir de las redes públicas y de forma clandestina.

El tipo del art. 256 CP contempla los supuestos en que se hace uso de un terminal telefónico sin el consentimiento del titular. Para la realización de este tipo, en concurrencia con el de usurpación, debe existir un terminal telefónico habilitado en el edificio usurpado. Este supuesto es menos corriente que el anterior y, en todo caso, se presentará en relación de concurso real con el tipo de usurpación.

Dado que existe una amplia diversidad de casos de ocupación y de sujetos que desarrollan esta conducta, en el marco de una usurpación pacífica de inmuebles, como ocurre con cualquier otra situación delictiva, pueden darse también paralelamente otros tipos penales de la más diversa índole, que se desarrollarán en relación de concurso real con el tipo objeto de nuestro estudio. Así, por ejemplo, los delitos de atentado (art. 550 CP) y de desobediencia grave a la autoridad (art. 556 CP)²⁶⁵.

VIII. Delimitación con otras figuras delictivas afines.

VIII.1. La ocupación violenta de inmuebles.

El primer apartado del precepto estudiado prohíbe la conducta del que ocupa una cosa inmueble o usurpa un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación en las personas. No corresponde aquí profundizar en la determinación del contenido de la conducta típica descrita, ni en la concreción del bien jurídico protegido por el tipo. No

²⁶⁵ STSJ Andalucía 36/2013, de 21 de noviembre (Lorenzo del Río Fernández), respecto al caso de la usurpación de una finca militar durante varios días, por parte de militantes de un sindicato, con objeto de reivindicar la cesión de la misma para su explotación. En el momento de los hechos se oponen a las sucesivas órdenes y requerimientos de abandono del inmueble, por lo que el Tribunal aprecia la existencia de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes. En sentido contrario se manifiesta la STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón), al no apreciar el delito de desobediencia grave respecto de la negativa de abandonar la finca durante la ocupación cuando son requeridos por la policía en el desalojo, por entender que lo anterior queda subsumido en el mismo tipo de usurpación. El Tribunal entiende que lo que hubiera llevado a la aplicación del tipo de desobediencia grave hubiera sido la reiteración de la conducta de usurpación tras el desalojo, hecho del que se advirtió a los acusados y que no realizaron. Por su parte, la SAP Pontevedra 4/2012, de 11 de enero (María del Rosario Cimadevila Cea), aprecia la usurpación y el delito de desobediencia con base en la continuación del uso del inmueble usurpado para depositar herramientas y animales, pese a haber sido requerido judicialmente para que dejase de hacerlo, a partir del momento en que el local fue adjudicado al denunciante. La SAP Granada 420/2010, de 18 de junio (Juan Carlos Cuenca Sánchez), resuelve que concurre el delito de usurpación, pero no el de desobediencia, por entender que el acusado no fue notificado formalmente de la orden de lanzamiento ni se le advirtió que pudiera incurrir en un delito de desobediencia. De lo expuesto, puede concluirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la línea dominante de la denominada jurisprudencia menor aprecian el delito de desobediencia en concurso con el de usurpación cuando se dan dos presupuestos: 1. Reiteración de la conducta de usurpación tras el desalojo o una vez se ha requerido judicialmente para el abandono del inmueble. 2. Advertencia de que si se da la reiteración apuntada se apreciará la concurrencia del tipo de desobediencia.

obstante, un primer examen de ambos aspectos, nos conduce a considerar que, al menos la primera modalidad típica descrita en el segundo apartado del precepto estudiado, quedaría incluida en el contenido de la conducta tipificada en el apartado primero del art. 245 CP, si no se tuviera en consideración la expresión “con violencia o intimidación”. En efecto, “ocupar un inmueble ajeno sin autorización debida”, en los términos en los que se ha definido esta conducta típica y, entendiendo que la misma supone un ataque contra la posesión civil, constituye “la ocupación de una cosa inmueble y la usurpación de un derecho inmobiliario”. Así pues, la diferencia fundamental, entre las conductas descritas en ambos apartados del art. 245 CP, viene determinada por la expresión “con violencia o intimidación”. Es precisamente este rasgo distintivo, el que ha conducido a la doctrina a denominar las conductas descritas en el segundo apartado del artículo estudiado como de “ocupación pacífica”²⁶⁶.

En función de lo anterior, podría decirse que existe un paralelismo entre los delitos descritos en los apartados primero y segundo del art. 245 CP, y los delitos de robo (arts. 237 y ss. CP) y de hurto (arts. 234 y ss. CP). Tener en consideración los delitos de hurto y de robo es interesante, en la medida que nos sirve para excluir del ámbito de aplicación del tipo del primer apartado del art. 245 CP las ocupaciones con fuerza en las cosas. En efecto, en el marco de la descripción del delito de robo, se distingue claramente “fuerza en las cosas” de “violencia o intimidación en las personas” y ello nos conduce a entender que, si en el primer apartado del art. 245 CP únicamente se prohíbe la ocupación realizada “con violencia o intimidación en las personas”, las ocupaciones ejecutadas con fuerza en las cosas deberán entrar en el ámbito de aplicación del segundo apartado del precepto estudiado²⁶⁷. Lo anterior es coherente en atención a la literalidad del art. 245.1 CP y también desde la perspectiva de los criterios sistemático, teleológico y de adecuación con la Constitución. En efecto, si el art. 245.1 CP hiciera referencia también a los casos de usurpación de inmuebles en los que concurre fuerza sobre las cosas, entrarían en el marco de su ámbito de aplicación todos aquellos supuestos en los que se forzara la cerradura del inmueble para lograr la ocupación. Lo anterior reduciría la apreciación del art. 245.2 CP únicamente a los supuestos en los que el propietario no ha dispuesto de ningún mecanismo de cierre que pueda ser objeto de rotura. Esto tendría como consecuencia la criminalización de conductas que no suponen

²⁶⁶ En sentido contrario se manifiesta BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 132 y ss., al entender que también el segundo apartado del precepto estudiado recoge unas modalidades de ocupación violenta.

²⁶⁷ En este sentido, nuestra jurisprudencia aplica el art. 245.2 CP en los casos en los que se fuerza la cerradura del inmueble con la finalidad de ocuparlo. Así, SAP Madrid 42/2013, de 8 de abril (Mario Pestana Pérez); SAP Málaga 335/2013, de 12 de junio (José Luís Antón Blanco); SAP Madrid 179/2014, de 11 de abril (José María Casado Pérez), entre otras. En contra de lo anterior, existen sentencias que entienden que el art. 245.1 CP se realiza cuando se “violenta” la cerradura del inmueble ajeno para posibilitar la ocupación. En este sentido, SAP Granada 256/2014, de 8 de mayo (Francisco Javier Zurita Millán); SAP Sevilla 458/2001, de 6 de septiembre (Miguel Carmona Ruano); SAP Navarra 48/2014, de 4 de marzo (Fermín Zubiri Oteiza); SAP Madrid 465/2006, de 24 de noviembre (Julián Abad Crespo).

menoscabo alguno para el bien jurídico posesión y resultaría absolutamente desproporcionado²⁶⁸.

Por consiguiente, puede concluirse que el ámbito de aplicación del art. 245.1 CP se proyecta sobre aquellas ocupaciones que se realizan con violencia o intimidación en las personas. Por su lado, el art. 245.2 CP se apreciará cuando concurre fuerza en las cosas como medio para acceder a la ocupación. En el resto de supuestos, es decir, cuando no se emplea ni violencia ni intimidación, ni fuerza en las cosas, porque el propietario no ha dispuesto mecanismos de exclusión de terceros para proteger su posesión, considero que éste no está ejerciendo su derecho y, por tanto, no existe una verdadera usurpación.

En aquellos casos en los que concurre violencia o intimidación en las personas y fuerza en las cosas será de aplicación del art. 245.1 CP. Por ello, resulta relevante el análisis del contenido de la expresión “violencia o intimidación”, para determinar en qué supuestos se excluye la aplicación del art. 245.2 CP, en favor del primer apartado del mismo precepto. No obstante, la cuestión es compleja pues, así como respecto al robo con fuerza en las cosas, el legislador indica cuándo debe entenderse que concurre “fuerza en las cosas”, no ocurre lo mismo con la expresión “con violencia o intimidación”. Así, para integrar el contenido de la misma deberemos estar a lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia. Al respecto del concepto de “violencia”, en el marco del delito de robo²⁶⁹, las mismas admiten que la violencia requerida es tanto la

²⁶⁸ No obstante, parece que nuestra jurisprudencia no comparte esta distinción entre violencia y fuerza en las cosas, respecto al segundo inciso del art. 202 CP referido al allanamiento de morada. Así, SAP Barcelona 574/2013, de 21 de mayo (Manuel Álvarez Rivero), aplica el segundo inciso del art. 202 CP en el caso de un sujeto que accede a un inmueble a través de un balcón, fracturando una persiana. En el mismo sentido, SAP Madrid 23/2003, de 10 de marzo, aprecia el allanamiento con violencia por portar el acusado herramientas para conseguir el derribo de la puerta del inmueble. También STS, de 28 de octubre de 1991 (Luís Román Puerta Luís); SAP Murcia 76/1996, de 1 de octubre (Antonio Salas Carceller). Como se ha visto, los tribunales aprecian la realización del tipo violento de allanamiento de morada, cuando se ejerce fuerza en las cosas para acceder al inmueble en cuestión. A pesar de no desconocer lo anterior, me adhiero a lo defendido por el sector doctrinal que critica la ampliación jurisprudencial del contenido del concepto de violencia, tanto en relación al delito de allanamiento de morada, como respecto del de coacciones. Al respecto véase RAGUÉS I VALLÉS, R., en AAVV, *Funcionalismo del derecho penal*, pp. 481-497.

²⁶⁹ Es respecto a este delito que se ha analizado en mayor profundidad los términos objeto de análisis. Así, entre otras, SAP Madrid 642/2015, de 27 de julio (Rosa María Quintana San Martín), en relación a un robo de cartera en el marco del cual el autor agarra fuertemente a la víctima por el cuello, expone: “Esta violencia o intimidación definitoria de esta especial modalidad del robo, se configura desde el momento en que el sujeto pasivo se ve atacado en su integridad física o simplemente se siente atezado y atemorizado por la actitud violenta del sujeto activo, que puede ser o no acompañada del uso de armas o instrumentos peligrosos. La intimidación no exige ni necesita una actuación física sobre el cuerpo de la víctima siendo suficiente con la producción del impacto anímico que sirve para compeler su libertad al hacerle surgir temor sobre su seguridad. Son muchas, y muy variadas, las formas de conseguir un efecto intimidante, sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de

propia y directa (agredir o inmovilizar mediante fuerza física), como la impropia (emplear narcóticos, somníferos o gases, para conseguir la inmovilización e incapacidad de defensa y de reacción de la víctima). Así, lo relevante no es el medio utilizado, sino la finalidad perseguida y el resultado obtenido, es decir, impedir la defensa, huida y autotutela de sus intereses por parte de la víctima²⁷⁰. Por otra parte, la violencia que afecta a la modalidad examinada es aquella que se produce con anterioridad a la consumación y con la finalidad de conseguir el apoderamiento²⁷¹. Cualquier violencia ejercida con posterioridad a la consumación o con una finalidad distinta (por ejemplo la huida), deberá valorarse de forma independiente y la conducta de apoderamiento será castigada como hurto o como robo con fuerza en su caso. Por otra parte, se excluye la apreciación de la violencia cuando prima la habilidad sobre la fuerza y, también, cuando la entrega del objeto tiene lugar a causa del miedo subjetivo del sujeto pasivo y no por la actitud amenazante del sujeto activo²⁷². Todo lo anterior puede trasladarse íntegramente a la violencia típica del delito contemplado en el art. 245.1 CP, con el único matiz de que la violencia ejercida deberá dirigirse a la consecución de la usurpación. Por otra parte, la intimidación implica la amenaza de un mal inmediato, apto para atemorizar a la víctima e idóneo y suficiente como medio comisivo para lograr el apoderamiento²⁷³. También deberá existir una relación de causa-efecto entre la amenaza del mal y la entrega de la cosa.

Así las cosas, en los casos en los que exista fuerza en las cosas para acceder a la ocupación y no concurra violencia o intimidación en los términos referidos, se apreciará el art. 245.2 CP. Por su parte, será de aplicación el tipo del art. 245.1 CP cuando

indefensión y desamparo. La violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona, mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido. En la intimidación se amenaza con un mal inmediato que atemoriza a la víctima quién, para evitarlo, entrega la cosa. La intimidación puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto y capaz de infundir temor en la víctima de una agresión”. En el mismo sentido, SAP Madrid 545/2015, de 20 de julio (Luis Carlos Pelluz Robles), aprecia intimidación respecto a un robo de una botella de licor en un supermercado, acompañado de amenazas a la dependienta que intenta evitar que el autor se vaya sin pagar; SAP Madrid 189/2014, de 2 de abril (Justo Rodríguez Castro) en relación a un robo con pistolas.

²⁷⁰ Al respecto, véase LLOBET ANGLÍ, M., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 1157.

²⁷¹ SAP Granada 550/2013, de 30 de octubre (Jesús Flores Domínguez), entiende que es de aplicación el art. 245.2 CP y no el art. 245.1 CP, porque la violencia es posterior a la consumación y debe apreciarse de forma autónoma.

²⁷² VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, pp. 1170 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, pp. 945 y ss.; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, en DEL MORAL GARCÍA, A./SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, pp. 1222-1229; GOYENA HUERTA, J., en MUÑOZ CUESTA, J., *El hurto, el robo y el hurto y robo de vehículos*, p. 128.

²⁷³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, pp. 945 y ss. Nuevamente aquí se parte del análisis del concepto desde la perspectiva del delito de robo con violencia o intimidación.

concurra violencia o intimidación en las personas con anterioridad a la consumación y como medio para realizar la usurpación.

VIII.2. El Allanamiento de morada.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, al tratar el objeto del delito estudiado, pueden imaginarse supuestos en los que se dé la usurpación de un inmueble que constituye morada. Lo anterior puede ocurrir, por ejemplo, respecto de segundas residencias, que constituyen morada, pero que permanecen vacías durante largos períodos, posibilitando una posible ocupación indeseada. No obstante, la redacción del art. 245.2 CP y, en concreto, la expresión “que no constituyan morada” excluye que tales casos puedan subsumirse en el tipo reseñado. En este sentido, el legislador ha establecido una regla de subsidiariedad expresa en favor de la apreciación del delito de allanamiento de morada.

Según lo expuesto, el elemento esencial para determinar cuál es el tipo que corresponde aplicar es el concepto de “morada”. Dado que el contenido del mismo se ha tratado en profundidad en otra parte de este trabajo²⁷⁴, no nos detendremos en este punto. No obstante, interesa aquí nuevamente llamar la atención sobre el hecho de que el legislador no castigue con una pena agravada las usurpaciones de inmuebles que constituyen morada, frente a las meras entradas o mantenimientos in consentidos que no representan una toma de posesión.

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS EXIMENTES.

En los epígrafes anteriores se ha hecho referencia al conjunto de elementos que configuran la categoría de la tipicidad. No obstante, el juicio de tipicidad no determina, por sí sólo, la punibilidad de la conducta en cuestión²⁷⁵. En efecto, además de ser típico, el hecho ha de ser antijurídico, es decir, contrario a derecho, para que pueda ser penado. Por otra parte, el autor del mismo debe ser responsable de éste y, en este sentido, merecedor de la correspondiente pena.

La categoría de la antijuridicidad supone un juicio despersonalizado de desaprobación de un hecho reconocido como típico. Así, para que la conducta de un ser humano sea delictiva, se requiere que se subsuma en un determinado tipo penal y, además, sea antijurídica. La tipicidad es un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*)²⁷⁶. El tipo realiza una función indiciaria respecto de la

²⁷⁴ Véase *supra* II. Características del tipo y objeto material.

²⁷⁵ Tal y como expone ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 193, “(...) existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad”.

²⁷⁶ Véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 557 y ss.

antijuridicidad, pero no se identifica con ella. Para que la conducta típica sea antijurídica, no deben concurrir causas de justificación²⁷⁷.

Por su parte, frente a la categoría de la “antijuridicidad”, que supone un juicio despersonalizado de desaprobación sobre un hecho recogido como típico, la “culpabilidad” requiere que ese hecho desvalorado sea atribuible a su autor²⁷⁸. Así, la culpabilidad implica la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico. En el marco de esta categoría se agrupan todas las cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurren en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico. Por otra parte, según la doctrina mayoritaria²⁷⁹, no es necesario que el autor del hecho antijurídico se sienta culpable del mismo, si no que basta con que lo haya realizado en las condiciones de atribución que exige el derecho. Como se verá más adelante en este mismo epígrafe, esto último adquiere relevancia en el seno de la delincuencia por convicción, en la medida en que ésta se desarrolla de manera transversal al de los tres elementos de la culpabilidad.

Sin embargo la estructuración del delito que ha elaborado la dogmática del derecho penal, lo cierto es que en nuestro Código Penal el artículo 20 recoge una relación de causas de exención de la responsabilidad criminal y no hace mención alguna a los posibles motivos de exclusión de la pena. Pese a lo anterior, la doctrina ha coincidido en entender que parte de estas exenciones, cuando se dan ciertas condiciones, permiten justificar la conducta de manera que la misma sea conforme a Derecho²⁸⁰. El resto serían causas puras de exclusión de la responsabilidad criminal.

No obstante lo expuesto hasta el momento, este epígrafe no va estructurarse en función de la distinción entre causas de justificación y motivos de exclusión de la

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 305; MOLINA FERNÁNDEZ, F., AAVV., *Memento práctico penal*, pp. 121-122 y 181; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 557 y ss., se refiere de forma equivalente a “causas de exclusión del injusto”. Un sector minoritario de la doctrina, defensor de la teoría de los elementos negativos del tipo, entiende que las causas de justificación están incorporadas al tipo, siendo elementos negativos del mismo. En este sentido el sistema del delito tendría una estructura bipartita. Véase, entre otros, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 158.

²⁷⁸ LUZÓN PEÑA, D., en AAVV., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, pp. 161-170; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, p. 227; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 576; ROXIN, C., *Manual de derecho penal. Parte general*, pp. 791-792, se refiere a la categoría de la responsabilidad que engloba la culpabilidad y la necesidad de pena y que constituye un juicio valorativo desde la perspectiva de hacer responsable al sujeto.

²⁷⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 579.

²⁸⁰ Dado que la relación de exenciones que recoge el art. 20 CP es *numerus clausus*, la interpretación de los requisitos que se exigen para la apreciación de una u otra es lo que permite la adecuación de las denominadas causas de justificación a la antijuridicidad material, vinculada a las necesidades cambiantes de la sociedad. Al respecto de la dificultad de sistematizar definitivamente las causas de justificación, ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, pp. 24 y ss.

responsabilidad. Es decir, no van a exponerse, por un lado, las causas de exclusión de la antijuridicidad que pueden apreciarse en relación a las usurpaciones de inmuebles y, por otro, las exenciones que pueden afectar a la responsabilidad criminal del sujeto que realiza cualquiera de las conductas objeto de estudio. Por el contrario, el punto de partida va a ser la diferenciación entre los dos tipos de ocupación que se apuntaron al comienzo de este estudio: las ocupaciones realizadas por necesidad y las usurpaciones que tienen su base en motivos ideológicos.

Se ha optado por esta estructuración por dos motivos:

1. En primer lugar, porque el hecho de que el Código Penal no distinga, en el marco de las eximentes, entre aquellas que excluyen la antijuridicidad y las que descartan la culpabilidad, halla su reflejo en la jurisprudencia. En efecto, en las resoluciones de las Audiencias, cuando se aprecia la concurrencia de una eximente en relación a un supuesto de usurpación pacífica de inmuebles, en ningún caso se especifica qué categoría del sistema del delito se ve afectada por la misma. En este sentido, parece más esclarecedor tratarlas de un modo unitario, tal y como hace la jurisprudencia en virtud de la redacción del Código Penal, sin perjuicio de las oportunas referencias que se harán de las posturas doctrinales en relación a la consideración de cada eximente como causa de justificación o como motivo de exclusión de la culpabilidad.
2. Por otra parte, del análisis de las eximentes que pueden apreciarse respecto de las conductas estudiadas, se ha observado que son muy concretas y distintas las que pueden concurrir respecto a ocupaciones realizadas por necesidad, de las que pueden apreciarse en casos de usurpación por motivos ideológicos.

Así las cosas, en primer lugar se referirán las eximentes que pueden intervenir en los casos de ocupaciones de inmuebles llevadas a cabo por necesidad y, a continuación, se tratarán aquéllas que afectan a las usurpaciones realizadas por motivos ideológicos. En cualquier caso, en el marco de la exposición, se referirá en qué casos las eximentes estudiadas actúan como causa de justificación y cuándo concurren en forma de motivo de exclusión de la culpabilidad. Lo anterior es relevante, en la medida en que la justificación de una conducta implica su conformidad con el ordenamiento y excluye la posibilidad de actuar en legítima defensa para evitarla²⁸¹.

²⁸¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, p. 186; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 602; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 454. Como se verá, lo anterior tendrá importancia en el marco de la exención de estado de necesidad, respecto a la cual la doctrina dominante defiende la posibilidad de su aplicación como causa de exclusión de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

I. Las ocupaciones realizadas por necesidad.

Como ya se expuso anteriormente²⁸², existen dos tipos de ocupaciones pacíficas de inmuebles: 1. Las que se realizan por motivos ideológicos. 2. Las que hallan su causa en una necesidad real de vivienda. En este epígrafe, se examinarán cuáles son las eximentes que pueden apreciarse en los casos de ocupaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad. Éstas son tres:

1. La eximente mayormente alegada en estos supuestos es la prevista en el art. 20.5 CP, referente al estado de necesidad²⁸³. El mencionado precepto condiciona la aplicación de esta eximente a la concurrencia de ciertos requisitos que se observan más adelante. Nuestra jurisprudencia ha apreciado esta causa de justificación en los casos de usurpaciones de inmuebles de forma muy restrictiva.
2. La eximente de actuar movido por un miedo insuperable prevista en el art. 20.6 CP.
3. La eximente de actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 20.7 CP).

Pese a ser el estado de necesidad la eximente más alegada en los casos de usurpación de inmuebles, en el epígrafe que sigue se va a partir del análisis de la eximente de actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna, porque el estudio del derecho en cuestión es indispensable para poder entender posteriormente la postura adoptada con respecto al estado de necesidad.

I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

²⁸² Véase *supra* Presentación.

²⁸³ En principio, en relación a las usurpaciones de inmuebles realizadas por motivos de convicción, no cabe la apreciación del estado de necesidad, por no poderse apreciar la concurrencia de un mal inminente, que es una de las exigencias para que pueda apreciarse la eximente. No obstante, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, pp. 669 y ss., admite que el mal que se trata de evitar puede referirse a un bien supra-personal. Según lo anterior cabría argumentar, respecto a las usurpaciones por convicción, que el mal que se trata de evitar es la problemática de acceso a la vivienda generada por nuestro sistema socio-económico. No obstante, la apreciación de la eximente quebraría en el momento de la ponderación de males, en la medida en que el mal que se trata de evitar afecta a un interés difuso y el mal causado lesiona un bien jurídico individual, que goza de mayor protección en nuestro sistema jurídico. Aunque la ponderación es entre males y no entre bienes, en este caso entiendo que la lesión de la posesión derivada del derecho fundamental a la propiedad es un mal mayor que el mal genérico derivado de las dificultades socio-económicas para acceder a una vivienda.

El art. 20.7 CE reconoce como causa de justificación el ejercicio de un derecho²⁸⁴. La anterior afirmación es relevante, en la medida en que entender que una conducta es justificada equivale a considerarla conforme a derecho a la luz del ordenamiento en su totalidad. En el marco de las ocupaciones realizadas por motivos de necesidad, podría operar la eximente apuntada en relación al ejercicio del derecho a una vivienda digna. Entiendo que la apreciación de la misma únicamente puede aceptarse de forma genuina con respecto a este tipo de ocupaciones, debiéndose excluir su alegación en los casos de ocupación por motivos ideológicos²⁸⁵. En estos supuestos, la usurpación del que ocupa para reivindicar el derecho de todo individuo a tener una vivienda digna se configuraría como manifestación del ejercicio a la libertad ideológica. En efecto, como se verá, el contenido del derecho a una vivienda digna se limita, en cuanto al acceso a la misma, a posibilitar el de aquellas personas que no tengan medios propios para hacerlo efectivo. Así las cosas, el ejercicio de este derecho deberá respetar los límites que le son inherentes y no podrá predicarse de aquéllos que no padecen carencias económicas graves, es decir, de aquéllos que no padecen una necesidad real de vivienda.

Una vez sentado lo anterior, a partir de aquí van a examinarse la naturaleza y contenido del derecho a una vivienda digna. Cuestión primordial es la de decidir si se trata o no de un derecho subjetivo, es decir, si establece una situación de poder individual, susceptible de tutela jurídica. Al respecto, la postura tradicional en el marco de nuestra doctrina y jurisprudencia se ha manifestado partidaria de negarle tal condición²⁸⁶. No

²⁸⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 210; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 514; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 734 y ss., inserta la eximente estudiada en el marco de las causas de justificación.

²⁸⁵ En sentido contrario, HERRANZ CASTILLO, R., “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, pp. 1-5, expone que las usurpaciones pacíficas de inmuebles deben valorarse a la luz del derecho constitucional a una vivienda digna, entendido como norma preferente de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto manifiesta: “(...) Quiero apuntar con ello que la discusión sobre ‘conflicto de derechos’ en los procesos sobre ocupación de inmuebles vacíos no se reduce a un debate entre el propietario del piso y las personas que lo han ocupado; no se trata de una controversia puramente civil entre dos partes con pretensiones particulares enfrentadas, sino que estamos ante un problema de fijación de contenido, alcance y eficacia de un derecho constitucional (a la vivienda digna) entendido como norma jurídica preferente de nuestro ordenamiento jurídico”. El autor añade: “La SJP nº4 de Barcelona, recogida en el Noticiero Jurídico Aranzadi de 8-4-1999, señala que la condena de los ‘okupas’ supone, en ciertos casos, ‘contradecir la Constitución’ y ‘criminalizar un sentimiento de malestar de los jóvenes por (...) las dificultades para encontrar trabajo y casa digna’”.

²⁸⁶ Véase, por todas, ATC 223/2005, de 24 de mayo (M^a. Emilia Casas Baamonde). Nuestra jurisprudencia constitucional ha aclarado que el derecho contenido en el art. 47 CE “(...) no genera por sí sólo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación a los poderes públicos, para que faciliten dicho disfrute, dentro de las posibilidades económicas”; FERRANDO NICOLAU, E., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, p. 319, expone que el derecho a una vivienda digna y adecuada individualizada frente al Estado no existe, pese a su consagración constitucional. Por otra parte, a pesar del reconocimiento internacional al derecho a una vivienda digna en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el art 11.1 del Pacto Internacional de Derechos

obstante, recientemente la realidad legislativa tanto nacional²⁸⁷ como autonómica²⁸⁸ está cambiando y existen voces en nuestra doctrina que abogan por dotar del estatus de derecho subjetivo al derecho a una vivienda digna²⁸⁹. En este sentido, LÓPEZ RAMÓN²⁹⁰ defiende la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo a través de cuatro argumentos:

1. Según el sentido jurídico del término derecho, éste equivale a derecho subjetivo, es decir, a una situación de poder individual, susceptible de tutela judicial.
2. El texto constitucional²⁹¹ puede interpretarse en el sentido de entender que los “derechos” recogidos en el capítulo III del título I de la Constitución no quedan

Económicos, Sociales y Cultural, lo cierto es que se trata de un derecho que carece de una acción judicial en el ámbito internacional que lo garantice su ejercicio.

²⁸⁷ En este sentido, el art. 4 a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, establece que todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.

²⁸⁸ Así, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, en su art. 19, modifica el art. 16 de la LO 5/1982 estableciendo que: “La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente en favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas”. También la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, dispone en el art 26, en el marco de los “Derechos en el ámbito de la vivienda” que: “Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine”. Del mismo modo la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares en el art. 22 establece el “Derecho de acceso a una vivienda digna” y al respecto impone: “Las Administraciones Públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas”. Por último, con carácter reciente el Gobierno Vasco ha aprobado la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda. El Capítulo II de la misma se encabeza con la rúbrica “Derecho subjetivo de acceso a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada” y en su art. 7 se recoge el “Derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y derecho de acceso a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento”, disponiéndose al respecto en su apartado 1 que: “Todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, definida con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 1 de esta ley”.

²⁸⁹ LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, pp. 12-22.

²⁹⁰ LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, pp. 13-16.

²⁹¹ El art. 47 CE, comprendido entre “los principios rectores de la política social y económica”. Según este precepto, “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” y los poderes públicos tienen la obligación de promover “las condiciones necesarias” y configurar “las normas

afectados por lo dispuesto en el art. 53.3 CE²⁹² respecto de los “principios” contenidos en este mismo capítulo III²⁹³.

3. El art. 24.1 CE garantiza la tutela judicial de derechos e intereses legítimos.
4. Hay un reconocimiento del derecho estudiado en la legislación autonómica²⁹⁴ y estatal²⁹⁵.

Me parece muy enriquecedora la aportación de este autor, dado que permite dar fundamento legal a la tutela de un derecho, que desde una perspectiva material merece la consideración de derecho subjetivo y requiere de la articulación de la consiguiente acción judicial que garantice la efectividad de su ejercicio.

No obstante, es evidente que, como todo derecho, debe entenderse con los límites que le son propios. También en este punto me parece muy acertada la postura de LÓPEZ RAMÓN²⁹⁶ que entiende que los contenidos del derecho subjetivo a la vivienda se proyectan sobre los siguientes contenidos: 1. El acceso a la vivienda, que desde un punto de vista subjetivo puede ser únicamente reclamado por las personas que carecen de recursos suficientes²⁹⁷. 2. La conservación de la vivienda, en relación a procesos de expropiación, ruina, ejecución de créditos, tributación y arrendamientos urbanos, en los

pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo conforme el interés general para impedir la especulación”.

²⁹² Este precepto expone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

²⁹³ El autor establece un paralelismo con la Sección 1º del Capítulo II, del Título I CE “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, entre los que se reconoce la existencia de principios que no pueden ser considerados derechos fundamentales ni libertades públicas y que, por ello, no quedan afectados por los efectos del art. 53.1 y 2 CE.

²⁹⁴ Así, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana; LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña; LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares; LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el gobierno vasco.

²⁹⁵ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo.

²⁹⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, pp. 17-25.

²⁹⁷ El art. 26 LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña se refiere específicamente a las personas sin medios económicos como sujetos del derecho. Por su parte, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana y la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares hacen beneficiarios del derecho en cuestión, a personas que por circunstancias especiales también lo necesiten. Por último el art. 8.3 de la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el Gobierno Vasco, otorga el derecho de acceso a una vivienda a toda persona que se halle incurso en una causa de necesidad. En todos estos desarrollos legislativos se restringe el reconocimiento del derecho a aquellas personas que de una forma u otra padecen una situación que les imposibilita acceder por sus medios a una vivienda digna.

casos en que la persona afectada carezca de recursos para acceder a una nueva vivienda.

3. La calidad de la vivienda. En este sentido, por vivienda digna y adecuada debe entenderse el lugar donde se habita de forma temporal o permanente y que es apto para el desarrollo de las necesidades básicas del individuo en régimen de privacidad y adaptado al ambiente físico, social, cultural e histórico en el que surge²⁹⁸. A lo expuesto por LÓPEZ RAMÓN debe añadirse una restricción subjetiva que afecta a todos los contenidos del derecho estudiado. Me refiero al hecho de que el derecho a la vivienda se halla configurado en la Constitución española y en la mayoría de sus desarrollos legislativos²⁹⁹ como un derecho de los ciudadanos españoles y no como un derecho de toda persona³⁰⁰. Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que como contrapartida al derecho a una vivienda digna se erige la obligación por parte de los poderes públicos de hacer efectivo este derecho³⁰¹.

Así las cosas, el derecho subjetivo a una vivienda digna se configura como el derecho de todo ciudadano español, que carece de medios suficientes, a acceder a una vivienda digna o a conservarla y a que los Poderes Públicos hagan efectivos tales extremos³⁰². De lo expuesto se deriva que el derecho a una vivienda digna no debe condicionarse al hecho de que los organismos públicos prevean los correspondientes mecanismos de acceso a la vivienda. Éstos están obligados a garantizar la efectividad del derecho, pero el derecho existe en sí mismo como derecho subjetivo. Por este motivo, no puede negarse el ejercicio al derecho estudiado, cuando los poderes públicos incumplan sus obligaciones al respecto, porque ello significaría vaciarlo completamente de contenido.

Una vez sentado lo anterior, cabe plantearse qué ocurre cuando los poderes públicos no articulan los mecanismos adecuados, para que un concreto ciudadano español, sin medios propios para acceder a una vivienda digna, pueda disponer de la misma. La primera opción que podría plantearse es que el sujeto en cuestión debería quedarse sin vivienda, a no ser se hallare en una situación de necesidad, que pudiera justificar la

²⁹⁸ FERRANDO NICOLAU, E., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, p. 305.

²⁹⁹ La LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana y la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares, se refieren a los ciudadanos valencianos y de las islas respectivamente.

³⁰⁰ Con la salvedad de lo dispuesto en el art. 26 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña y de lo establecido en la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el gobierno vasco. En este sentido, el texto constitucional se aparta de lo dispuesto en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (art. 25.1) y en el Pacto Internacional de derechos Económicos Sociales y Culturales de 1996 (art. 11.1).

³⁰¹ El art. 47 CE *in fine* dispone que los poderes públicos tienen la obligación de promover “las condiciones necesarias” y configurar “las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo conforme el interés general para impedir la especulación”.

³⁰² En este sentido, tanto el art. 47 CE, como el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, reconocen el derecho a una vivienda digna y, a continuación, imponen el deber a los poderes públicos de garantizarla.

autotutela del derecho mediante la usurpación de un inmueble ajeno³⁰³. En mi opinión, esta solución conduce a vaciar de contenido el derecho estudiado.

Una segunda interpretación sería entender que el contenido del derecho a una vivienda digna recoge una facultad de autotutela del mismo, como *ultima ratio*, en los casos de incumplimiento por parte de los Poderes Públicos, de los deberes impuestos constitucionalmente³⁰⁴. No obstante, esta autorización de autotutela se vería limitada por el principio del interés preponderante. Lo anterior podría enunciarse de la siguiente manera: En la medida en que un sujeto español y sin medios económicos no vea posible acceder o conservar su vivienda a través de los medios legales previstos, entrará en juego la usurpación de un inmueble ajeno como mecanismo necesario y legítimo de autotutela. No obstante, para valorar si la autotutela es conforme a derecho en el caso concreto, deberá realizarse además un juicio de proporcionalidad en base al principio del interés preponderante. En este sentido, el conflicto entre los derechos a una vivienda digna y a la posesión derivada del dominio deberá decidirse en favor del interés más valioso.

Así las cosas, considero que la apreciación de la eximente debería excluirse respecto de las usurpaciones de inmuebles de titularidad privada, porque en el marco del conflicto existente entre el derecho a una vivienda digna y el derecho de posesión derivado del derecho de propiedad no podría decantarse la balanza de forma preponderante en favor del derecho a una vivienda digna³⁰⁵. Por otra parte, rechazar la aplicación de la causa de justificación estudiada en estos supuestos es adecuado sistemáticamente y desde una perspectiva político-criminal. En este sentido, entiendo que apreciar esta eximente en los casos de usurpación pacífica de inmuebles de titularidad privada equivaldría a declarar que tal acción no es antijurídica y, admitir lo anterior, supondría vaciar completamente de contenido el tipo estudiado, pues bastaría alegar haber ocupado en ejercicio del derecho a una vivienda digna, para que la conducta se declarara conforme a

³⁰³ Como se verá más adelante, la situación de necesidad debe valorarse desde una perspectiva omnicomprendensiva y entiendo que no en todos los casos de falta de medios para acceder a una vivienda se podrá apreciar esta eximente. Al respecto, véase *infra* I.2.A.b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

³⁰⁴ Según esta interpretación, la autotutela del derecho sería un medio legítimo y necesario de ejercer el derecho estudiado. En la medida en que estaría previsto en el propio contenido del derecho y tendría utilidad cuando fracasara la labor de los poderes públicos. Al respecto de los requisitos de legitimidad del ejercicio del derecho y de la necesidad de la causación del daño o peligro, véase MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, pp. 212-213.

³⁰⁵ En relación al principio del interés preponderante, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, p. 211.

derecho³⁰⁶. Ello tendría como consecuencia la abrogación del tipo por la vía de la interpretación³⁰⁷.

No obstante, entiendo que cabría plantear una diferente valoración del injusto, en los casos de usurpaciones de bienes de titularidad pública. Para ello deberían concurrir dos presupuestos:

1. Los únicos sujetos legitimados para ejercer el derecho estudiado serían los españoles sin recursos económicos suficientes, para poder acceder o conservar una vivienda.
2. Solamente cabría la apreciación de la eximente, en los casos en los que se constatará que las vías legales de acceso y conservación de la vivienda estaban condenadas al fracaso en el caso concreto. Entiendo que, en estas circunstancias, podría llegarse a la justificación de ciertas usurpaciones, con base en el ejercicio defensivo del derecho a la vivienda. La estructura sería la siguiente: A) Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a una vivienda digna. B) Los Poderes Públicos tienen el deber de garantizarla. C) Los Poderes Públicos no hacen previsiones adecuadas y los ciudadanos, a causa de lo anterior, no pueden ejercer su derecho. D) Ante esta situación, es justificada la ocupación de inmuebles de titularidad pública³⁰⁸.

La opción planteada no parece, sin embargo, ser aceptada ni considerada por nuestra jurisprudencia. Lo cierto es que, tras un examen exhaustivo de la misma, no se ha encontrado ninguna sentencia en la que se valore la eximente relativa al ejercicio del derecho a una vivienda digna. Probablemente el motivo radique en el hecho de que no es una eximente que se alegue comúnmente como causa de exclusión de la antijuridicidad penal. Tampoco nuestra doctrina mayoritaria se manifiesta en favor de aceptar esta eximente para excluir la antijuridicidad de ciertos casos de usurpación de inmuebles. Lo cierto es que queda un largo camino para que en la práctica el ejercicio a una vivienda digna pueda hacerse efectivo. Debería partirse de un reconocimiento

³⁰⁶ El efecto horizontal de los derechos constitucionales no está consagrado expresamente en nuestra Constitución. Sobre esta cuestión, véase MARSHAL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la CE”, pp. 43-78.

³⁰⁷ Al respecto, en relación a la aplicación de la eximente en los delitos contra la salud pública, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “‘Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, pp. 701-740. También, FERNÁNDEZ MOLINA, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, p. 207.

³⁰⁸ Entiendo que es precisamente la mala gestión en cuanto a la *praxis* del mandato constitucional por parte de los poderes públicos, lo que podría justificar la “autotutela” del derecho por quien lo ve desatendido. En este sentido, podrían quedar justificadas las usurpaciones de bienes de titularidad pública, que se hallan en desuso y, respecto de los cuales, el Estado no ha desarrollado ningún tipo de proyecto de interés social.

general de su naturaleza de derecho subjetivo y, *de lege ferenda*, habrían de aprobarse más leyes conducentes a hacerlo real³⁰⁹.

1.2. La necesidad real de vivienda. El estado de necesidad.

Pese a haberse decidido la clasificación de las eximentes en atención a la tipo de usurpación respecto al cual eran mayormente apreciadas -ocupaciones por necesidad y ocupaciones por motivos ideológicos-, ya se ha manifestado la importancia que tiene la apreciación de la concurrencia de una causa de justificación, en el sentido de determinar la conducta típica como conforme a derecho. En relación a la mayor parte de eximentes, existe acuerdo en la doctrina respecto a su clasificación como causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, de manera que cada una de ellas se corresponde con una de estas dos categorías. No obstante, lo anterior no ocurre en relación a la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 CP), respecto a la cual la doctrina mayoritaria entiende que puede apreciarse como causa de justificación o como motivo de exclusión de la culpabilidad, según las circunstancias que concurran en cada caso³¹⁰. Así las cosas, se distinguen dos supuestos en el marco del estado de necesidad³¹¹:

1. El estado de necesidad justificante, que se refiere a los casos en los que el mal causado es menor que el que se trata de evitar. En este primer caso, la acción se considera justificada y valorada positivamente por el ordenamiento jurídico. De lo anterior se derivan consecuencias de gran relevancia: A. Por una parte, frente a la conducta del sujeto que actúa en estado de necesidad para evitar otro mal equivalente (estado de necesidad exculpante), al ser lícita, no se admite la reacción en legítima defensa del titular del bien afectado. Así, el propietario del inmueble usurpado no podría impedir que el que actúa en estado de necesidad ocupara su inmueble. B. Por otra, la justificación de la conducta lesiva supone una valoración jurídicamente positiva de la misma. Lo

³⁰⁹ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 104-106.

³¹⁰ Existen básicamente dos posturas doctrinales en torno al contenido que debe darse a la figura del estado de necesidad: la teoría de la diferenciación, que es dominante en nuestra doctrina y la teoría unitaria o del mal jurídico. Al respecto véase, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, pp. 207-209; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p.671; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 455-483; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 493-496; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 664, se refiere a una tercera postura según la cual la eximente del art. 20.5 CP opera en todo caso como causa de justificación, mientras que la causa de exculpación por actuar en situación de necesidad debe reconducirse a la eximente de miedo insuperable o a una eventual eximente analógica *in bonam partem*.

³¹¹ Esta concepción dualista del estado de necesidad no se deriva de la redacción del art. 20.5 CP, sino que es de elaboración puramente dogmática.

anterior se traduce, en relación a los casos de usurpación de inmuebles, en la imposibilidad de obtener el deshaucio por la vía civil³¹².

2. El estado de necesidad exculpante, que busca evitar un mal causando otro equivalente. En este caso se exime la responsabilidad penal, con lo cual la conducta estará penalmente disculpada y se excluye la culpabilidad. No obstante, en este segundo supuesto, el comportamiento no se halla justificado y se entiende antijurídico y desvalorado por el derecho.

Probablemente, uno de los factores que conduce a la jurisprudencia a no manifestarse en relación a la naturaleza justificante o exculpante de la eximente de estado de necesidad, en cada caso, sea los importantes efectos que conlleva su apreciación como causa de justificación. Como ya se ha expuesto, en el marco de las usurpaciones de inmuebles, no únicamente excluiría la actuación en legítima defensa del propietario del inmueble, sino que incluso impediría la incoación por parte de éste de un procedimiento civil para instar el deshaucio, en la medida en que de la ocupación se consideraría conforme al ordenamiento en su conjunto.

En los siguientes epígrafes se apuntará cual es el fundamento de la eximente estudiada, se examinarán los requisitos que deben concurrir para que sea de aplicación y se expondrá en qué casos su apreciación conlleva la justificación de la conducta en cuestión.

1.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP.

El art. 20.5 CP regula la eximente de estado de necesidad: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el mismo sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

En función de lo anterior, el estado de necesidad es aquella situación en la que se daña un bien jurídico protegido, dando lugar a la realización de un tipo penal, pero en la que se excluye la punición. La configuración del estado de necesidad³¹³ no puede dejar de sorprender en el marco de un sistema jurídico dedicado al establecimiento y a la

³¹² Para los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, la conducta justificada excluye incluso la tipicidad, por lo que el acto justificado carecería de relevancia penal. En este sentido véase, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 457.

³¹³ Nos referimos aquí en especial al denominado estado de necesidad “agresivo”.

protección de esferas de autonomía³¹⁴. Es por ello que, en la actualidad, buena parte de la doctrina ha buscado explicar la motivación del estado de necesidad más allá de razones meramente utilitaristas. Así, entiende que el fundamento del estado de necesidad³¹⁵ y la obligación de tolerancia que del mismo se deriva, se halla en la existencia de deberes individuales de solidaridad³¹⁶. No obstante, no existe acuerdo entre los defensores de esta teoría en relación a la justificación normativa de este principio de solidaridad y se barajan al respecto posturas contractualistas e institucionalistas³¹⁷. Sin entrar en mayores consideraciones respecto del motivo último de la existencia de este principio de solidaridad³¹⁸, añado aquí que, a mi entender, del mismo se deriva un deber de tolerancia respecto de injerencias en la propia esfera de autonomía, en favor del interés preponderante³¹⁹. Considero que asumir el principio de solidaridad como fundamento de la eximente estudiada no impide aplicar la regla de ponderación basada en el “interés preponderante”³²⁰, dado que no es lo mismo la motivación de la existencia de los deberes examinados, que el modo de concreción de los mismos.

Una vez sentado lo anterior se va a proceder al examen de los presupuestos que deben concurrir, para que pueda apreciarse la eximente estudiada, a la luz de la interpretación que han dado de los mismos doctrina y jurisprudencia y en la medida en puedan tener relevancia en los casos de usurpación pacífica de inmuebles³²¹.

³¹⁴ WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, p. 221.

³¹⁵ Aquí se hace referencia al denominado estado de necesidad “agresivo”. El estado de necesidad “defensivo” será tratado *infra* I.2.C.b. Estado de necesidad defensivo.

³¹⁶ COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad el estado de necesidad defensivo”, *passim*; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, pp. 213-244; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028. El autor explica con claridad en qué consiste el principio de solidaridad, pero plantea un fundamento del estado de necesidad que trasciende el mencionado principio.

³¹⁷ Al respecto de esta distinción, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, pp. 234-239.

³¹⁸ Los límites inherentes al objeto de esta tesis impiden extenderse en la cuestión.

³¹⁹ En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 203.

³²⁰ Tal es la postura que asume también COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad el estado de necesidad defensivo”, pp. 5-6, en relación al estado de necesidad agresivo.

³²¹ En este sentido, no se analizará el tercer requisito impuesto por el art. 20.5 CP -“que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”-, por carecer de relevancia respecto al tipo de usurpación pacífica de inmuebles.

1.2.A.a. Situación de necesidad. Existencia de un mal inminente.

La expresión “mal inminente”³²² se integra por dos términos. Respecto al contenido del concepto de “mal”, éste debe ser equiparado a la lesión de un bien jurídico protegido de titularidad ajena³²³. En relación al tema objeto de nuestro estudio, el mal que se trata de evitar se refiere, en un plano fáctico, a la afectación que puede suponer la falta de vivienda respecto a los bienes jurídicos: vida, integridad, dignidad, intimidad de la persona y derecho a una vivienda digna. Respecto de la vida y la integridad de la persona, no cabe duda de que el frío, la humedad y las carencias diarias que implica una falta de hogar afectan seriamente a estos bienes jurídicos. En relación a la dignidad, la ausencia de un lugar donde habitar supone también la falta de un espacio donde desarrollar las necesidades vitales más básicas (orinar, defecar, dormir,...). Por último, todo individuo requiere de una morada como núcleo protector de su intimidad. Por otra parte, desde una perspectiva jurídica, se afecta directamente al derecho a una vivienda digna³²⁴.

Por su parte, el término inminente se concreta en la expresión “probabilidad actual” y alude a la existencia de una situación de peligro³²⁵. Para valorar si se da la misma, el juez debe examinar, desde la perspectiva del hombre medio, la situación del agente en el momento de los hechos. Según lo expuesto, el mal inminente debe ser entendido como el peligro de un mal propio o ajeno³²⁶. Para la apreciación de la exención estudiada, la jurisprudencia no exige que el mal haya comenzado a producirse, basta con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo³²⁷.

En función de lo expuesto, entiendo que no existen problemas para la aceptación de la concurrencia de un mal inminente, en relación a la primera conducta estudiada, cuando

³²² La jurisprudencia añade que el mal que amenaza ha de ser, además de inminente, actual, grave, injusto e ilegítimo. En este sentido, STS 1439/2005, de 21 de marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 de septiembre (Luis Román Puerta Luis).

³²³ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 481 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 206; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 675.

³²⁴ Al respecto de la naturaleza y contenido de este derecho, véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

³²⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 205; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 675; JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, pp. 500-502.

³²⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 489 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 206; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 677-679.

³²⁷ Véase, entre otras, STS 1374/2002, de 18 de julio (Andrés Martínez Arrieta); STS 1439/2005, de 21 marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis); STS 470/2009, de 7 mayo (Andrés Martínez Arrieta).

en el momento de los hechos típicos se constata la existencia de un peligro para los bienes jurídicos vida o integridad de la persona. Dado que el uso y disfrute posterior a la ocupación es atípico, aunque en los días siguientes a la misma la inminencia del mal hubiere cesado, ésta podría mantenerse sin acarrear ningún desvalor penal, siempre que el propietario del inmueble no manifestara su disconformidad.

No obstante, el problema se presenta a la hora de valorar la existencia de un mal inminente en relación a la segunda conducta objeto de estudio (“mantenerse en la ocupación contra el consentimiento del titular”). Podría plantearse sin dificultad en el momento consumativo. En este sentido, imaginemos una situación en la que los usurpadores son advertidos por el propietario del inmueble de su desacuerdo con la ocupación, en un momento en el que si abandonan el inmueble peligraría su vida o su integridad. No obstante, el término inminente parece estar reñido con una coyuntura permanente como lo es la situación antijurídica que sigue al momento consumativo en esta segunda conducta.

Pese a lo anterior, el obstáculo de la temporalidad podría salvarse interpretando que la carencia de vivienda es un mal en sí mismo, en la medida en que supone un riesgo grave para bienes jurídicamente protegidos, como lo son la vida, la integridad, la intimidad y la dignidad. Pero también, incluso en situaciones en las que no se verificara un peligro para los mencionados bienes, la falta de una vivienda podría entenderse como un mal digno de ser evitado, por la angustia, la incomodidad y cualquier otro tipo de adversidad que pudiera suponerle al sujeto que la padeciera³²⁸. Sin embargo, entiendo que las anteriores interpretaciones podrían únicamente servir para permitir la apreciación de un estado de necesidad exculpante y no justificante. Ello es adecuado desde una perspectiva político-criminal debido a los importantes efectos que despliegan las causas de justificación.

Así las cosas, puede concluirse que la situación de necesidad que se deriva de la amenaza de peligro de un mal inminente está condicionada por un límite temporal. En este sentido, la eximente únicamente podrá apreciarse como causa de justificación respecto del momento en el que se verifica que el interés salvado es preponderante. Lo anterior permite introducir un criterio restrictivo respecto de la aplicación de una causa de justificación, cuya apreciación incondicionada resultaría catastrófica por sus efectos.

³²⁸ En este sentido coincido con SILVA SANCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 668, cuando expone que: “El concepto de mal no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino partiendo de un enfoque jurídico-realista que surja de la esfera del Derecho pero atienda a la realidad social. Es precisa, por el contrario, una valoración jurídica atenta al real significado (jurídico-social) de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas. Una valoración que partiera del Derecho pero contemplara las repercusiones de hechos y actos sobre los individuos y la sociedad en general”.

1.2.A.b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Como ya se ha expuesto, el estado de necesidad implica que, para que pueda apreciarse la eximente, el mal causado debe ser menor o igual que el mal que se trata de evitar. En el epígrafe anterior se ha determinado el contenido de la expresión “mal que se trata de evitar” y se ha visto que equivale a la situación determinada de necesidad, en la que se halla el sujeto que realiza la usurpación. En función de lo anterior, corresponde aquí aclarar a qué se hace referencia cuando se alude al “mal causado”. Pues bien, con ello estamos aludiendo a la afectación de un bien jurídico ajeno que un sujeto realiza para evitar el mal inminente del que se ha hablado en el apartado precedente. En el caso del delito objeto de estudio, el mal reseñado se concreta en la afectación a la posesión del titular del inmueble³²⁹, por parte de los usurpadores. A lo anterior deberá añadirse el mal social que comportaría la proliferación de la conducta estudiada³³⁰. En este sentido, debería valorarse si la justificación de la conducta en el caso concreto generaría un aumento de las situaciones de necesidad. Por último, también debería tenerse en cuenta la subjetivización del mal. Con ello me refiero a las circunstancias personales del sujeto que ve afectada su posesión por la situación de necesidad y que inciden en la cualificación del mal que se le causa. En efecto, no es lo mismo desde un plano subjetivo, el mal que se le causa a una entidad bancaria cuando se ocupa un inmueble vacío de su titularidad, que el que se le ocasiona a un jubilado que recibe una pensión mísera y que tiene la expectativa de compensar la precariedad de la misma percibiendo el importe del pago del alquiler de un inmueble de su propiedad.

Una vez definidos los dos factores del binomio, debe atenderse al principio del interés preponderante³³¹ para determinar en cada caso si el mal causado es efectivamente menor que el evitado. Es importante remarcar que, desde la postura que aquí se mantiene, la comparación debe realizarse entre males y no entre derechos o bienes jurídicamente protegidos.

Aunque un juicio superficial sobre el tema pudiera llevarnos a considerar que se trata de valoraciones equivalentes, no es así³³². El término “derecho” se refiere a la facultad

³²⁹ El art. 33 CE se refiere a la propiedad y a los derechos que la integran.

³³⁰ Al respecto, en relación a la aplicación de la eximente en los delitos contra la salud pública, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, pp. 701-740. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

³³¹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 712; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 504-505, se refiere a la “preponderancia esencial”.

³³² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 665, manifiesta que: “En efecto, el conflicto entre bienes iguales normalmente dará lugar a que se

humana de exigir o invocar lo que la ley permite o establece. Por su parte, el concepto de “bien jurídico protegido” alude a aquel interés merecedor de la tutela penal³³³. Por el contrario, el “mal” no tiene porqué vincularse a un derecho o bien jurídico. Si bien es cierto que el “mal causado” atañe a la afectación de un bien jurídico y presupone la realización de una acción típica, desde el enfoque que aquí se defiende puede englobar elementos fácticos derivados de la situación subjetiva del sujeto afectado. Por otra parte, el “mal que se trata de evitar” atañe a la valoración jurídico-social sobre una realidad determinada³³⁴. En relación a este concepto se trata de examinar la realidad social desde la perspectiva del Derecho y, en el marco de este enfoque, determinar si una situación concreta puede considerarse un “mal”.

Pero además, esta comparación entre los males debe hacerse desde una perspectiva omnicompreensiva³³⁵ atendiendo a todos los elementos que puedan entrar en juego, valorando los bienes jurídicos que colisionan, el grado de peligro que los amenaza, el criterio de la subsidiariedad³³⁶, la posibilidad de que el mal que se trata de evitar sea imputable al titular del bien jurídico afectado por la acción típica, y todas las demás circunstancias socio-jurídicas concretas del supuesto de hecho objeto de estudio³³⁷.

cause un mal mayor que el que se pretendía evitar, por el plus de perturbación del orden jurídico que la acción lesiva del bien jurídico penalmente protegido lleva consigo. Pero es posible que en algunos casos de tal conflicto los males equivalgan (sean iguales) y el comportamiento quede justificado. En los casos de conflicto de bienes desiguales en que se salva el de mayor valor, el mal causado puede ser mayor si la diferencia de valor entre ellos no es lo suficientemente considerable como para que la perturbación del orden jurídico inherente a la acción típica no conduzca a ello”.

³³³ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 137.

³³⁴ Desde la postura que aquí se mantiene se permitiría la aplicación de la eximente de actuar en estado de necesidad justificante, pese a no ser sujeto del derecho a una vivienda digna (tal sería el caso de las personas que carecen de la ciudadanía española). En sentido contrario se manifiestan algunas posturas que, en el marco de la teoría de la solidaridad como fundamento de la eximente estudiada, defienden el institucionalismo como *ratio* de los deberes de tolerancia. Al respecto de las diferentes posturas en el marco de la teoría de la solidaridad véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, pp. 234-239.

³³⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

³³⁶ Al respecto ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 714, se refiere a la “cláusula de la adecuación” que impone la necesidad de que la conducta que pretenda ser justificada sea el medio adecuado para hacer frente al peligro. En el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 503 y 514.

³³⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 666, entiende que el fundamento del estado de necesidad es de carácter objetivo y social y tiene como función la protección no únicamente de derechos individuales, sino también de intereses de la colectividad. En este sentido, no se trataría de salvar el bien más valioso sino de perturbar el mínimo posible la paz jurídica en pro de la sociedad. Así mismo, el autor añade que: “(...) frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de «mal», debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación”. En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al*

Cuando de esta comparación resulte que el interés que se pretende salvaguardar es significativamente preponderante respecto del que se lesiona, se le impondrá al sujeto afectado el deber de tolerar la acción lesiva, por ser ajustada a derecho (estado de necesidad justificante). Cuando de la ponderación de intereses resulte una igualdad entre ellos, la conducta en cuestión será antijurídica y únicamente cabrá apreciar el estado de necesidad como causa de exclusión de la responsabilidad (estado de necesidad exculpante). Así las cosas, considero que habrán ocupaciones en las que cabrá la aplicación de la eximente, por ser preponderante el interés del usurpador, frente al del propietario del bien. No obstante, es una cuestión que deberá valorarse en cada caso concreto.

En este sentido, podríamos considerar el ejemplo de una familia española que carece de ingresos para asumir el pago de un alquiler, pero que tiene arraigo en el país y que posee parientes en el mismo a quién acudir y que, no obstante, decide usurpar un inmueble ajeno. En este supuesto de hecho, deberá considerarse, en relación al mal que se trata de evitar y desde una perspectiva fáctica, la existencia de un derecho subjetivo a una vivienda digna en favor de la familia en cuestión³³⁸. Por otra parte, deberá tenerse en cuenta, en el plano fáctico, el mal que puede llegar a suponer, para una familia con hijos, la carencia de una vivienda digna. En este sentido entrarán en juego intereses como lo son la vida, la integridad, la dignidad, la intimidad, la educación o la inserción social y laboral. También deberá considerarse al contexto que engloba la situación de necesidad, esto es, si es invierno, temporada escolar (...). Por último ha de atenderse al criterio de la subsidiariedad al que nos referiremos a continuación. Por otra parte, en relación al mal causado, deberá valorarse el grado de afectación a la posesión del propietario del bien usurpado, el daño social de la conducta, las consecuencias de la justificación de la misma respecto de una posible proliferación y las circunstancias personales y contextuales del titular del inmueble.

Código Penal, p. 277 expone: “Para la ponderación entre el mal que se causa y el mal que se trata de evitar, hay que tener en cuenta que: El mal se define y se gradúa no solamente por la importancia del bien jurídico protegido al que afecta, sino por la significación del ataque a él dirigido y, particularmente, por una serie de consideraciones ético-sociales del indicado juicio desvalorativo por la sociedad. La ley penal no es la única fuente a la que se recurre con el fin de tomar los datos precisos para la graduación y comparación de los males. Las consideraciones ético-sociales son ciertamente significativas para la determinación y graduación del mal”. De la misma opinión es NOGUEIRA GANDÁSEGUI, D., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 131 y ss.

³³⁸ Como se ha visto, el derecho a una vivienda digna únicamente puede configurarse como derecho subjetivo respecto de los ciudadanos españoles. No obstante, dado que según la postura que aquí se defiende no se exige la existencia de este derecho subjetivo para legitimar la situación de necesidad justificante, no se excluiría la aplicación de la causa de justificación en el caso de inmigrantes. En estos supuestos, además, entiendo que deberá valorarse con mayor laxitud el principio de subsidiariedad, debido a las dificultades que tales personas pueden tener para acceder a las ayudas sociales, ya sea por falta de conocimiento, como por ausencia de previsión.

1.2.A.c. Subsidiariedad.

Como ya se ha indicado, para que pueda apreciarse la eximente de estado de necesidad, además de ser preponderante el interés que se salvaguarda, es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza³³⁹. Se trata de un requisito no exigido explícitamente por el art. 20.5 CP, pero que se halla implícito en el significado mismo de “estado de necesidad”. La jurisprudencia así lo ha entendido y coincide en integrar el contenido del concepto de la eximente estudiada, con la existencia de un conflicto real que implica la imposibilidad, por parte del sujeto activo, de utilizar “medios lícitos menos gravosos” que los empleados³⁴⁰. Como se verá más adelante³⁴¹, esta exigencia es interpretada de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, de forma que son muchos los requisitos que se exigen para que puedan entenderse agotadas todas las vías “menos lesivas”.

1.2.A.d. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el propio sujeto.

El art. 20.5 CP recoge un requisito negativo para que pueda ser de aplicación la eximente estudiada: que la situación de necesidad no haya sido provocada por el propio sujeto que la alega. Al respecto de la interpretación que debe hacerse de esta condición, me parece acertada la postura de MIR PUIG³⁴², que entiende que la expresión “situación de peligro” es equivalente a “estado de necesidad”. De lo anterior se deriva que no puede excluirse la aplicación de la eximente en los casos en los que un sujeto causa una situación de peligro y que con posterioridad da lugar a una situación de necesidad no deseada³⁴³. En estos casos, la solución final será la de apreciar la eximente, pero se condenará por delito imprudente en los casos en los que el Código Penal así lo prevé, atendiendo a un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*.

³³⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 480 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 714.

³⁴⁰ STS 470/2009, de 7 de mayo (Andrés Martínez Arrieta). En la doctrina, CUERDA ARNAU, M^a. L./VIVES ANTÓN, T. S., en COBO del ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 518, indican, en contra de la jurisprudencia mayoritaria, que no debe entenderse necesario agotar todos los medios lícitos para resolver el conflicto. Para estos autores, la conducta debe entenderse justa sino existía un medio menos gravoso para solucionar el conflicto. Así, debe buscarse, entre todos los medios disponibles, lícitos o no, el menos gravoso. También MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)/ MORENO TORRES-HERRERA, M^a. R. (coord.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, p. 314; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 132.

³⁴¹ Véase *infra* I.2.B. Análisis de la casuística jurisprudencial.

³⁴² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 504-506. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 684.

³⁴³ En este sentido se aparta de la jurisprudencia y doctrina dominantes. Véase, al respecto, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 455-483.

En relación al tema de las usurpaciones de inmuebles, cabría plantearse el caso de una persona joven que deja el hogar familiar voluntariamente sin disponer de los medios para independizarse, atraído por el movimiento de la “okupación”. En este supuesto de hecho, entiendo que podrá hablarse de una situación de necesidad provocada, en la medida en que el abandono del hogar familiar se realiza precisamente con la finalidad de hallarse en necesidad de una vivienda e integrarse en el movimiento okupa usurpando un inmueble ajeno. Según lo anterior, en este caso no cabrá la apreciación de la eximente.

Otro ejemplo podría ser el de los inmigrantes que abandonan su lugar de origen con la esperanza de obtener trabajo en nuestro país. Cabría entender aquí, que el sujeto en cuestión está provocando una situación de peligro, en la medida en que viene a España sin ingresos suficientes para acceder a una vivienda y no tiene garantía alguna de acceder a la misma por medios legales o de obtener un trabajo que le permita abonar el pago de un alquiler. No obstante, la provocación no puede predicarse de la situación de necesidad que con posterioridad pueda conducirle a usurpar una vivienda ajena, dado que en la mayoría de los casos la voluntad inicial es la de obtener una situación plenamente legal en nuestro país. Así las cosas, en este supuesto de hecho podrá aplicarse la eximente³⁴⁴, pues la situación de necesidad no ha sido provocada por el sujeto que la invoca como causa de justificación. Aunque podría apreciarse imprudencia respecto a la situación de peligro anterior, ello carecería de relevancia dado que la provocación imprudente no excluye la aplicación de la eximente.

1.2.B. Análisis de la casuística jurisprudencial.

En este epígrafe se pretende hacer un análisis sobre la aplicación práctica de la eximente estudiada, por parte de nuestra jurisprudencia. Así, en un primer subapartado se expondrán cuáles son los criterios utilizados para decidir si debe apreciarse la eximente de forma completa, incompleta o bien únicamente cabe la aplicación de la atenuante analógica. En un segundo apartado, se verá en qué supuestos, *de facto*, la jurisprudencia ha aplicado la eximente estudiada, y en qué otros ha rechazado su concurrencia.

1.2.B.a. Eximente completa, incompleta y atenuante analógica.

Hasta aquí se ha analizado la eximente de estado de necesidad y se han expuesto los requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse. No obstante, hasta ahora no se ha mencionado la posibilidad de la aplicación parcial de la eximente. Se trata de un

³⁴⁴ En sentido contrario se manifiesta SAP Huesca 66/2012, de 28 de marzo (Santiago Serena Puig), en el caso de un extranjero que usurpa la identidad de otra persona para conseguir un trabajo, por entender que ha provocado la situación de necesidad al venir y quedarse en España.

tema interesante, dado que la no concurrencia de la eximente en su totalidad aún permite una importante rebaja en la pena. No obstante, se plantea aquí el problema de cómo saber en qué casos cabe la aplicación incompleta de la eximente o incluso de la atenuante analógica.

El Tribunal Supremo³⁴⁵ ha elaborado unos criterios para discernir cuando cabe apreciar la eximente completa y cuando cabe únicamente su apreciación parcial. En este sentido expone: “si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable³⁴⁶, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades”. En esta sentencia, el Tribunal Supremo da prioridad a dos de los requisitos expuestos en el epígrafe precedente. En efecto, se basa en el requisito de la ponderación de males y en el de la subsidiariedad. Ahora bien, respecto a la determinación de este último no es claro. En efecto, al utilizar la expresión “humanamente posible” no indica cuál es su contenido y, en todo caso, parece restringir exageradamente la aplicación de la eximente.

En relación a la atenuante analógica, el Tribunal Supremo³⁴⁷ entiende que es de aplicación la causa de atenuación contemplada en el art. 21.7º CP, como situación análoga a la exención incompleta del art. 21.1º CP por estado de necesidad del art. 20.5 CP, cuando: “las circunstancias de hecho y las exigidas en la norma (genéricas del art. 21 CP o específicas del tipo penal concreto) que establece la respectiva atenuante guarden semejanza en la estructura y características y aquellos otros casos en los que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal básico para la descripción y la inclusión de la conducta en el Código Penal y que suponga la *ratio* de su incriminación, o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido (...). Y también cabe establecer la analogía, cuando las circunstancias del caso tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser considerado como eximente incompleta”.

El Tribunal añade que para que se admita la reseñada atenuante deben concurrir las siguientes condiciones: 1. Que de la comparación de circunstancias no se detecte que faltan los requisitos básicos para que pueda ser estimada una concreta atenuante. 2. Que haya proporcionalidad y necesidad. Lo anterior conduce a comparar el mal causado y el

³⁴⁵ Véase, por todas, STS 470/2009, de 7 mayo (Andrés Martínez Arrieta).

³⁴⁶ Esta expresión, además de no ser en absoluto esclarecedora, es un ejemplo de la tendencia a la restricción en cuanto a la interpretación del criterio relativo al empleo de “los medios menos lesivos”.

³⁴⁷ Véase, por todas, STS 930/2010, de 21 de octubre (Luciano Varela Castro).

que se pretende evitar. Si se concluye que entre ambos hay una gran desproporción, además de excluirse la aplicación de las eximentes completas e incompletas, tampoco se apreciará la analogía. 3. Existencia de un mal real, grave e inminente y que el daño al bien jurídico sea ineludible, sin que quepan alternativas efectivas menos gravosas.

La elección entre la aplicación de las eximentes completa e incompleta y de la atenuante analógica de estado de necesidad estriba en la consideración de la ponderación de males y en la graduación de la posibilidad alternativa. Así, se debe tener en cuenta, por un lado, el grado de desproporción entre el mal que se trata de evitar y el que se causa y, por otro, hasta qué punto se han agotado todos los medios menos lesivos. Así, si en efecto la realización del tipo del art. 245.2 CP es el medio menos lesivo de evitar, por ejemplo, la causación de un grave daño a la salud y a la integridad física de una determinada persona, entonces será de aplicación la eximente completa. Por su parte, en la eximente incompleta el mal que se trata de evitar es mayor que el que se causa, pero no en un grado considerable y, además, no se agotaron se todas las posibles alternativas. Por último, podría aplicarse la atenuante analógica, en los casos en que el mal que se trata de evitar es mínimamente superior³⁴⁸ al que se causa y el agente no ha intentado solucionar la situación acudiendo a medios lícitos menos gravosos.

1.2.B.b. Apreciación de la eximente por la jurisprudencia.

La consecuencia práctica de la aplicación de los criterios reseñados al tema objeto de este estudio es una total restricción en la aplicación de la eximente de estado de necesidad. Así, en relación a la concurrencia de un mal inminente, en diversas sentencias se ha señalado que no se puede estimar la eximente completa o incompleta, por ejemplo, “en una situación de angustia o estrechez económica” o también se dice que “no es suficiente la mera situación de paro laboral”³⁴⁹, por no poderse considerar un mal grave real e inminente.

No obstante, el motivo por el que los tribunales rechazan en mayor media la aplicación de la eximente estudiada es por no haberse agotado todos los medios menos lesivos, antes de la realización de la conducta típica. Así, excluyen su aplicación: 1. Cuando el sujeto de la usurpación tiene arraigo en el país y pudiera haberse alojado en el domicilio de un pariente³⁵⁰, sin entrar a valorar si el familiar en cuestión lo hubiera permitido; 2.

³⁴⁸ El Tribunal Supremo alude a “mal igual o superior”, porque no establece una distinción clara entre el estado de necesidad justificante y exulpante. Véase, por todas, STS 237/2012, de 29 de marzo (Joaquín Jiménez García) y STS 129/2011, de 10 de marzo (Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Ambas niegan la apreciación de la eximente en sendos casos de tráfico de drogas.

³⁴⁹ STS 1439/2005, de 21 marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis).

³⁵⁰ SAP Burgos 121/2000, de 17 de enero (José Luis López del Moral Echevarría); SAP Madrid 217/1998, de 5 de mayo (Adoración María Riera Ocáriz).

Cuando no se han agotado todas las posibilidades en cuanto a la petición de ayudas, incluso con respecto a personas que tienen un carnet de solicitante de vivienda expedido por un organismo público³⁵¹; 3. Cuando se constata que el sujeto está efectuando ciertos pagos como las cuotas debidas de un préstamo³⁵². Parece que la jurisprudencia deduce de lo anterior la posibilidad de prescindir de esos pagos y destinar el dinero a un alquiler.

Otra de las razones de rechazo de la aplicación de la eximente, por parte de la jurisprudencia, es la “insuficiencia probatoria”³⁵³. Ante todo, cualquier alegación del acusado debe ser probada y de la falta de prueba se extraen conclusiones adversas³⁵⁴. Asimismo, en esta misma línea, se realizan presunciones y generalizaciones en perjuicio de la aplicación de la eximente. En este sentido se presupone que una persona trabaja si está en edad laboral y no demuestra lo contrario³⁵⁵. En efecto, en relación a las causas de justificación se invierte la carga de la prueba, siendo el que la alega quien debe probar su concurrencia³⁵⁶. Lo anterior es cuestionable, en la medida en que puede plantear problemas, desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia.

Así las cosas, en la práctica, en relación a las conductas estudiadas y en virtud de los criterios apuntados, nuestras Audiencias rara vez aprecian la eximente completa de estado de necesidad³⁵⁷. Parece que únicamente la admiten en dos supuestos: 1. En los casos de personas sin arraigo en el país. Así, por ejemplo, respecto de inmigrantes sin vínculo alguno con nuestro país, que no pueden acceder al mercado laboral ni a pisos de protección oficial por carecer de la documentación obligatoria. Aquí, el fundamento de

³⁵¹ SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

³⁵² SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Madrid 603/2002, de 4 de septiembre (Carmen Daniela Díaz).

³⁵³ SAP Madrid 1/2004, de 7 de enero (M^a Pilar Abad Arroyo); SAP Barcelona 425/2012, de 25 de abril (Esmeralda Ríos Sanbernardo).

³⁵⁴ SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez). Al respecto de la obligación de la defensa, de alegar y demostrar la concurrencia de las eximentes, es interesante el artículo de CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿Obligación de la defensa o de la acusación?”, pp. 1-19. El autor critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional por imponer a la defensa la carga de la prueba de las eximentes. En este sentido, entiende que la anterior tendencia jurisprudencial atenta contra el principio de la presunción de inocencia y contra las reglas relativas a la carga de la prueba. CUERDA RIEZU defiende que la obligación de alegar la eximente en cuestión debe recaer en la defensa, pero que es la acusación quien debe probar que no concurren los requisitos para apreciar la eximente planteada por la defensa.

³⁵⁵ SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

³⁵⁶ STS 2102/2001, de 18 enero (José Antonio Marañón Chavarri); STS 12/2002, de 21 de enero (Perfecto Andrés Ibáñez).

³⁵⁷ Existen, no obstante, algunos casos en que nuestras Audiencias aprecian la eximente completa de estado de necesidad: SAP Cáceres 49/2005, de 22 de abril (María Félix Aragón); SAP Murcia 39/2002, de 9 de mayo (María Pilar Alonso); SAP Madrid 556/1999, de 1 de diciembre (M^a Luisa Silva Castaño); SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (Marina de la Cruz Muñoz Acero).

la aplicación de la eximente, cuando se acredita la penuria económica, está en la imposibilidad de disponer del apoyo de familiares o amigos y de acceder a ciertas ayudas estatales. 2. En los supuestos de familias con hijos menores y sin recursos económicos, que han acudido ya a los organismos públicos para solicitar una vivienda de protección oficial o que aun no habiéndola solicitado, los servicios sociales ya han advertido la precariedad de la situación y han iniciado los trámites. Los tribunales aprecian la eximente en estos casos, porque consideran que es mayor el mal para la integridad de un menor que puede comportar la carencia de una vivienda, que el mal que la usurpación ocasiona al propietario-poseedor del inmueble³⁵⁸.

La apreciación parcial de la eximente es más abundante aunque, como se ha indicado, su aplicación no deja de ser restrictiva. Así, los tribunales entienden que concurre cuando la situación es deplorable y hay hijos menores, pero no se ha acudido a los servicios sociales³⁵⁹. También en estas circunstancias, cuando el tribunal considera que la situación es lamentable pero no extrema y no se ha cumplido el requisito de la subsidiariedad, se aplica la atenuante analógica³⁶⁰.

Así las cosas, puede concluirse que, según la interpretación jurisprudencial del art 20.5 CP y, en relación al tema objeto de este estudio, únicamente cabría apreciar la eximente completa en el supuesto de inmigrantes no europeos sin arraigo, en una situación de frío intenso. En efecto, estas personas carecerían de familiares en el país y no dispondrían de información para acceder a las posibles ayudas estatales o incluso podrían ser reticentes a las mismas por miedo a ser expulsados. Por otra parte, se aplicaría la eximente incompleta, por ejemplo, en el caso de europeos sin posibilidades laborales y sin recursos económicos, que se hallan en una coyuntura de penuria extrema, pero que no han agotado todos los mecanismos de ayuda al acceso a la vivienda. Por último, no se apreciaría la eximente, por ejemplo, en los casos de personas jóvenes, con familia en el país y con posibilidades laborales.

³⁵⁸ SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (María de la Cruz Muñoz Acero); STS 49/2005, de 22 de abril (M^a Félix Tena Aragón).

³⁵⁹ STS 87/1998, de 3 de septiembre (María Jover Carrión); SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Madrid 176/2000, de 28 de abril (Adrián Varillas Gómez); SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Cruz Alvaro López). No obstante, en ocasiones no se aprecia la eximente en estas circunstancias: SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

³⁶⁰ SAP Madrid 629/2004, de 24 de junio (M^a Cruz Alvaro López). Se trata el caso de una mujer que usurpa a una casa de la IVIMA con sus tres hijos. Con anterioridad se le había negado la concesión de la vivienda por dicho organismo. No se le aplica la eximente por no constar “que se haya realizado actividad encaminada a solicitar algún otro tipo de protección de los actuales sistemas de asistencia social”. No obstante, el tribunal entiende que es de aplicación la causa de atenuación contemplada en el art. 21.7º CP, como situación análoga a la exención incompleta del art. 21.1º CP, por estado de necesidad del art. 20.5 CP.

Por otro lado, existe una línea de nuestra jurisprudencia menor que justifica la no apreciación de la circunstancia de estado de necesidad en ninguno de sus grados, por no existir equilibrio ente el derecho fundamental a la propiedad privada y el derecho programático a una vivienda digna³⁶¹. Lo anterior es erróneo porque, como ya se ha indicado, la concurrencia de la circunstancia de estado de necesidad no debe valorarse en función de una ponderación de derechos, sino de males, y bajo los criterios de necesidad y de proporcionalidad. Por otra parte, si se tratara de comparar bienes jurídicos, el equilibrio debería hallarse entre la posesión del propietario y la vida, la integridad, la dignidad, la intimidad y, en algunos casos, el derecho subjetivo a una vivienda digna.

1.2.C. Conclusión y toma de postura.

1.2.C.a. Crítica a la jurisprudencia.

A la vista de lo expuesto en relación a la práctica jurisprudencial respecto a la apreciación de la eximente estudiada, puede concluirse que nuestra jurisprudencia restringe al máximo el ámbito de aplicación de la misma. En mi opinión, es excesivamente exigente en cuanto a la determinación de cuándo se deben entender agotados todos los medios posibles para obtener una vivienda. La realidad es que, si un sujeto no tiene dónde vivir, seguirá mucho tiempo en esta situación si recurre a los medios sociales. La dilación temporal y las pocas posibilidades de éxito que ofrecen los medios oficiales actuales de acceso y conservación de la vivienda hacen, de los mismos, herramientas completamente inidóneas para solucionar la situación de necesidad. Así las cosas, entiendo que no cabe basar el incumplimiento del requisito de la subsidiariedad en el hecho de no haber agotado todos los medios legales³⁶².

³⁶¹ SAP Córdoba 76/2000, de 9 de octubre (Pedro Roque Villamor Montoro) expone, respecto de la usurpación de un inmueble por parte de una pareja con dos hijos menores, que no han acudido de antemano a los servicios sociales, que no se puede apreciar la eximente completa, “(...) pues no existe equilibrio entre los bienes en conflicto, derecho de propiedad y derecho a una vivienda digna, por más que se tratase de un simple local comercial sin más ornamentos ni instalaciones. Otro entendimiento de este problema supondría legitimar a la postre este tipo de conductas conculcando el derecho de propiedad en su más íntima esencia y que aun afectando a inmuebles de titularidad pública, supondrían el fin de esas políticas de viviendas sociales que deben desarrollar los poderes públicos, pues el necesitado acudiría a aquella vía antes de acudir a solicitar vivienda a los poderes públicos que cuando menos suponen un sistema homogéneo y objetivo de reparto de las viviendas que tengan a su disposición, y permite valorar la necesidad de cada solicitante, circunstancias que no concurren en conductas como las enjuiciadas, en que es el directamente afectado el que decide su estado de necesidad y elige el inmueble que ha de satisfacerla.”

³⁶² El requisito de la subsidiariedad impone el deber de acudir al medio menos lesivo pero idóneo, adecuado y efectivo.

Al respecto de la ineficacia comentada, puede servir de ejemplo la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda. La misma muestra la buena voluntad de la *Generalitat de Catalunya* ofreciendo vías de acceso a una vivienda, incentivando al sector privado para dar cumplimiento de la función social de sus inmuebles y regulando la constitución de ayudas en el pago de los alquileres. No obstante, la Ley prevé adecuar la oferta de viviendas de protección oficial a la demanda de las mismas en el plazo de 20 años. De lo anterior se deduce que la propia Ley estima insuficiente la capacidad del actual parque de viviendas públicas, para hacer frente a las crecientes necesidades.

Por otra parte, la mencionada Ley se centra en los alquileres y las compraventas, siendo preceptiva la prestación de una fianza. El precario es excepcional. Además, para poder acceder a una vivienda de protección oficial es obligatorio acreditar unos ingresos moderados. En este sentido, no pueden ser beneficiarios de una vivienda de estas características las personas que carecen de ingresos. Otro requisito que impone la Ley es la inscripción en el Registro de solicitantes de vivienda con protección oficial, que puede hacerse a través de la página web de la *Generalitat*. Así, una vez se ha obtenido la información relativa a cómo debe solicitarse una vivienda de protección oficial, se ha reunido la documentación acreditativa conforme se cumplen los requisitos exigidos y se ha efectuado la inscripción en el registro reseñado, sólo queda tener suerte y esperar aún más a que queden vivienda disponibles y se proceda a su adjudicación.

En función de lo expuesto, entiendo que, dadas las dificultades actuales para acceder a una vivienda a través de los mecanismos legales vigentes, la jurisprudencia es demasiado exigente a la hora de requerir que se hayan agotado todos los medios lícitos existentes, para que pueda apreciarse la situación de estado de necesidad. En este sentido, según datos estadísticos, 3 millones de personas se hallan en situación de pobreza extrema en España³⁶³. Aunque se trata de una cifra muy elevada, no representa una proporción demasiado alta en relación a la totalidad de la población del Estado español. Por ello, aceptar la apreciación de la eximente estudiada en estos supuestos de

³⁶³ EFE, “Uno de cada cinco españoles vive por debajo del umbral de la pobreza”, *El Mundo*, Madrid, 27/05/2014, expone que, según los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida elaborada para el año 2013 por el Instituto Nacional de Estadística, el 20,4% de los españoles vive por debajo del umbral de pobreza. Este porcentaje se eleva al 27.3% si se utiliza el indicador AROPE (*At Risk of Poverty or Social Exclusion*) que es el que figura en el programa de la Unión Europea para 2020. No obstante, estos porcentajes no se refieren a la pobreza absoluta, sino a cuántas personas tienen ingresos bajos en relación a la media. En relación a este grupo poblacional, por razones político-criminales, no sería posible la apreciación de la eximente estudiada. Por otra parte, SUST, T., “La pobreza extrema se ha duplicado en España en 5 años”, *el Periódico*, 11/10/13, consultada por última vez el 28/01/2014, en [www/elperiodico.com/es/noticia](http://www.elperiodico.com/es/noticia), expone que el octavo informe del Observatorio de la Realidad Social, elaborado por Cáritas, cifra en 3 millones el número de las personas que viven en España en extrema pobreza. En el mismo sentido, AGUDO, A., “La pobreza grave ya afecta a 3000000 de personas en España”, *El País*, 10/10/13.

extrema pobreza, incluso cuando no se hubieran agotado todos los mecanismos lícitos previstos para acceder a una vivienda, no parece que pudiera representar un problema en los términos del *slippery slope* o pendiente resbaladiza sobre la base de un criterio de temporalidad³⁶⁴. Con esto último me refiero a que únicamente debería apreciarse la eximente, en relación al momento concreto en que se produce la situación de necesidad y no respecto al exceso de mantenimiento en la usurpación contra la voluntad del propietario, una vez la situación crítica ha pasado. Sin embargo, mantengo la opinión anterior únicamente respecto a los supuestos de extrema pobreza y mientras durara la situación real de necesidad³⁶⁵. Teniendo en cuenta estos dos factores, considero que el criterio de la subsidiariedad debería observarse de forma más laxa y, *de lege ferenda*, el Estado debería mejorar los cauces de acceso a una vivienda digna, de modo acorde con el carácter subjetivo del derecho a la vivienda que aquí se defiende³⁶⁶. Si bien es cierto que la aplicación de la eximente como causa de justificación impondría al propietario del bien un deber de tolerancia respecto de la lesión de su derecho de posesión, debe tenerse en cuenta que la afectación únicamente quedaría justificada temporalmente.

En sentido contrario, considero que en el resto de los casos, es decir, cuando no concurrieran los presupuestos apuntados, por exigencias de prevención general la apreciación de la eximente debería ser restrictiva³⁶⁷.

1.2.C.b. Estado de necesidad defensivo.

Al inicio de este epígrafe se ha explicado como la doctrina distingue entre dos clases de estado de necesidad en función de si con su apreciación se excluye la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del autor. Aquí se va a presentar una segunda clasificación del estado de necesidad que atiende a la posibilidad de que se pueda imputar la creación de la situación de necesidad al sujeto que soporta el mal causado.

En este sentido, la doctrina distingue entre el estado de necesidad “agresivo” y el estado de necesidad “defensivo”³⁶⁸. Al primero nos venimos refiriendo a lo largo de todo este

³⁶⁴ Al respecto de este concepto de *slippery slope* o pendiente resbaladiza, véase LLOBET ANGLÍ, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, pp. 1-44, en relación a la posibilidad de excepción de la prohibición de la tortura o a la exención de la responsabilidad del autor de la misma, en los casos afines al de *ticking bomb* o bomba de tiempo.

³⁶⁵ Considero que la limitación temporal es muy importante.

³⁶⁶ Véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

³⁶⁷ Al respecto, véase, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “‘Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, pp. 701-740. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

³⁶⁸ Al respecto, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 707; COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, pp. 1-40; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 515 y 520-521.

epígrafe y supone que la acción lesiva se dirige contra un sujeto ajeno a la amenaza del mal que se pretende evitar con la acción típica. O, en otras palabras, ante el peligro de un mal grave, real e inminente, el sujeto cuya esfera se ve amenazada interviene “agresivamente” en el marco de los intereses jurídico-penalmente protegidos de otro sujeto ajeno a la fuente de peligro. Como ya se ha manifestado³⁶⁹, y pese a lo expuesto respecto de la posibilidad de apreciar el estado de necesidad justificante en relación a ciertos supuestos de ocupación de inmuebles por necesidad, se hace patente la dificultad de fundamentar un especial deber de tolerancia, respecto de la afectación de la esfera de intereses jurídicos de un sujeto, al que en forma alguna le es imputable el mal que se trata de evitar en estado de necesidad³⁷⁰.

Por el contrario, en el marco del estado de necesidad defensivo, el agente actúa lesionando intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro³⁷¹. Trasladado lo anterior al ámbito de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, se traduciría en aquellas situaciones en las que los sujetos que ven lesionados sus derechos posesorios sobre un bien inmueble tienen cierto grado de responsabilidad en el hecho de que el agente carezca de vivienda y de medios propios para acceder a la misma.

Así las cosas, el estado de necesidad defensivo se sitúa en un lugar intermedio entre el estado de necesidad agresivo y la legítima defensa³⁷². Frente al primero, la situación de necesidad deriva fácticamente de la acción u omisión del sujeto cuyo bien jurídico se ve afectado por la conducta típica. A diferencia de la segunda, la actuación defensiva no se proyecta como reacción frente a una previa actuación ilícita³⁷³.

La distinción entre ambas clases de estado de necesidad es relevante, en la medida en que doctrina³⁷⁴ y jurisprudencia³⁷⁵ han coincidido en otorgar un trato más favorable a

³⁶⁹ Véase *supra* I.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP.

³⁷⁰ Como ya se ha expuesto *supra* I.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP., aquí se defiende que la fundamentación reside en un deber de solidaridad genérico, pero que únicamente operaría en los casos de “males” extremos y en el marco del límite temporal en el que se produjera la situación de necesidad real.

³⁷¹ A respecto del estado de necesidad defensivo, véase COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, pp. 1-40.

³⁷² BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, p 172.

³⁷³ Lo anterior afecta al juicio de proporcionalidad.

³⁷⁴ La distinción es relevante aunque no hay acuerdo en la doctrina acerca de cómo se manifiesta esta trascendencia. En este sentido, un sector doctrinal entiende que la diferencia incide en la ponderación de males. En este sentido, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 705 y ss. También, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, p. 501, que admite el estado de necesidad justificante aún en los casos en los que el mal evitado no es mayor que el causado. Por su parte, otros autores defienden que el origen del peligro es un criterio que debe ser considerado de forma autónoma, vinculándolo a un deber de tolerancia distinto. Así, JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general*, pp. 520 y 521. En cualquier caso, la apreciación del estado de necesidad defensivo implica un privilegio de trato frente al estado de necesidad agresivo.

³⁷⁵ Así, la STS 1248/2006, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez), equipara el estado de necesidad defensivo a la legítima defensa y expone que ésta supone la existencia de una agresión ilegítima, real y

los casos en los que se aprecia la concurrencia de una situación de estado de necesidad defensivo, frente a aquellos en que únicamente cabe la aplicación de la eximente por estado de necesidad agresivo. Así, en los primeros, el deber de tolerancia del sujeto afectado por la conducta justificada es superior, siendo admisible la defensa hasta el punto de la extrema desproporción con los intereses lesionados³⁷⁶. También resulta interesante, en el marco del tema objeto de este estudio, dado que podrían plantearse al menos dos supuestos en los que cabría alegar la concurrencia de un estado de necesidad defensivo.

Conforme a lo expuesto, en el marco del tipo estudiado, entiendo que cabría plantearse la apreciación del estado de necesidad defensivo en dos supuestos: 1. Respecto a las usurpaciones de bienes de titularidad pública que se hallan en desuso. 2. En relación a usurpaciones de inmuebles objeto de expropiación por parte de entidades bancarias.

A continuación se examinan los dos supuestos de hecho reseñados, a la luz de dos factores: 1. La fundamentación del deber de tolerancia que afecta al sujeto del que emana la fuente de peligro. 2. El alcance o límites del mencionado deber³⁷⁷. Respecto a la primera cuestión, se trata de motivar jurídicamente por qué un determinado sujeto, que no ha realizado ningún hecho ilícito, debe ser gravado con la carga de un deber de tolerancia preferente, en relación a actos que lesionan bienes jurídicos. El segundo aspecto a tener en cuenta es cuál es el grado de tolerancia exigible o, dicho en otras palabras, cuál ha de ser la relación proporcional entre el bien jurídico salvaguardado y el lesionado.

En relación al primer supuesto de hecho apuntado -la usurpación de bienes públicos en estado de necesidad-, entiendo que el fundamento del especial deber de tolerancia que recae en los entes públicos es la posición de éstos como garantes. En efecto, la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo y la paralela obligación de los poderes públicos de hacerlo efectivo³⁷⁸ se traducen en la existencia de un deber institucional de garantía en esta materia³⁷⁹. En este sentido, el Estado³⁸⁰ se

actual que implica un riesgo para la vida o la integridad personal de quien se defiende. Aunque además se exige que la defensa sea necesaria, entiendo que la anterior afirmación supone matizar el requisito de la subsidiariedad. En el mismo sentido, STS 1253/2005, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

³⁷⁶ COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, p. 6.

³⁷⁷ COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, pp. 16-27.

³⁷⁸ Véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

³⁷⁹ Se trataría de un caso semejante al de la omisión pura de garante, considerada en los términos de SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en AAVV, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, pp. 156-159; También SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho español”, p. 671, manifiesta que las omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión no tienen cabida en el concepto de agresión ilegítima y, por ello, no pueden ser presupuesto de legítima defensa. No obstante, el

erige en garante de los ciudadanos respecto de su derecho a una vivienda digna³⁸¹. En virtud de este deber estatal, ciertas situaciones de necesidad serían imputables al Estado por su mala gestión respecto de los recursos existentes. En efecto, cabría considerar que muchas de las situaciones de necesidad de vivienda son ocasionadas por las deficientes políticas de fomento a la misma por parte de los poderes públicos que, por otra parte, son los destinatarios del mandato constitucional de hacer efectivo el derecho programático de todo ciudadano a una vivienda digna. En función de lo anterior, podría entenderse que el agente causante de los males reales, graves e inminentes que puede ocasionar la falta de vivienda es el propio Estado y, en este sentido, ocupar un bien inmueble de titularidad pública sería considerado una acción defensiva realizada en estado de necesidad. Prueba de la deficiente administración estatal sería precisamente la existencia de inmuebles públicos inutilizados y, por ello, susceptibles de ser usurpados.

No obstante, también las ocupaciones de bienes públicos deben quedar justificadas únicamente bajo ciertos límites. Éstos, sin embargo, deberían ser más laxos que los que enmarcan las usurpaciones realizadas en estado de necesidad agresivo. Así, entiendo que el estado de necesidad defensivo operaría respecto a situaciones en las que un ente público dispone de un inmueble vacío, cuya gestión no ha sido la adecuada desde la perspectiva del mandato constitucional aludido³⁸².

La apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo afectaría a la caracterización del mal que se trata de evitar³⁸³, a la ponderación de males³⁸⁴ y a la

autor añade que “desde una perspectiva político-criminal, es correcto extender el ámbito del estado de necesidad justificante más allá de lo que se permite para la legítima defensa, puesto que en éste existe el importante margen de garantía de no causar un mal mayor que el que se trata de evitar.”

³⁸⁰ También el órgano de gobierno de las Comunidades Autónomas.

³⁸¹ Así las cosas, la situación de necesidad que padece el sujeto en cuestión podría ser atribuible al estado en comisión por omisión.

³⁸² ROBLES PLANAS, R., en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, p. 462., expone que junto con el deber de tolerancia propiamente dicho, el que se impondría en los casos de estado de necesidad defensivo alude al “deber de colaboración” para los supuestos de menor expresión de libertad o de situaciones de deberes positivos especiales.

³⁸³ En este sentido, entiendo que podría apreciarse el estado de necesidad no únicamente en los casos de extrema pobreza.

³⁸⁴ La literalidad del art. 20.5 CP impediría aplicar la eximente estudiada en casos en los que el mal causado fuera mayor que el que se trata de evitar. No obstante, lo anterior no excluye que, en algunos supuestos, el mal causado a un bien jurídico de mayor importancia pueda ser menor que el mal evitado a un bien jurídico de menor relevancia. Entiendo que lo anterior podría darse precisamente en relación a los bienes jurídicos en conflicto, en los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles, cuando se aprecia el estado de necesidad defensivo. Así, en el marco la ponderación de males, podría valorarse como superior la afectación omisiva del derecho programático a una vivienda digna, aún en los casos en los que la situación de necesidad no es extrema, que la usurpación activa del derecho de posesión, derivado del derecho fundamental a la propiedad.

subsidiariedad³⁸⁵. En relación a su desvaloración jurídica, entiendo que en estos casos la conducta sería conforme con el ordenamiento en su conjunto, siempre que el inmueble en cuestión careciera de un proyecto de uso público vigente. Así, considero que el organismo afectado únicamente podría recuperar la posesión por los cauces civiles, cuando pudiera acreditar la existencia de un plan de gestión, respecto del bien usurpado en estado de necesidad.

La diferencia que existiría, entre la usurpación justificada en virtud del ejercicio a una vivienda digna y la amparada por la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, radicaría en que la primera tiene como presupuesto que el Estado no haya previsto cauces de acceso o conservación de la vivienda en el caso concreto. En cambio, la segunda -el estado de necesidad defensivo justificante-, podría apreciarse incluso cuando el estado hubiera previsto vías al efecto, pero que debido a las dilaciones en su funcionamiento no fueran idóneas para solucionar la situación de necesidad actual.

En el segundo supuesto de hecho -la usurpación de inmuebles objeto de embargo por parte de entidades bancarias-, el fundamento del carácter preferente respecto del deber de tolerancia es diferente del caso anterior. En efecto, las entidades bancarias no tienen un deber institucional de salvaguarda de los intereses ajenos y, por ello, no puede considerarse que se hallen en una posición de garante respecto a los mismos. No obstante, considero que respecto de estas entidades puede apreciarse cierto grado de responsabilidad por organización. En efecto, las mismas cuentan con suficientes herramientas e información como para poder prever, en la generalidad de los casos, cuando ciertas gestiones bancarias pueden afectar remarcablemente la economía de un cliente y conducirlo incluso a la ruina³⁸⁶. En este sentido, podemos pensar en el ejemplo del préstamo hipotecario. Antes de su concesión, la entidad bancaria debe realizar una serie de pesquisas entorno a la capacidad económica del solicitante, de tal manera que, en la mayoría de los casos, podrá valorar con un mínimo margen de error si un determinado préstamo hipotecario va a poder ser devuelto o no. Así las cosas, considero que la concesión de un préstamo hipotecario, que finalmente no es devuelto por falta de liquidez y que implica la pérdida del inmueble del deudor, puede imputarse a título imprudente o incluso doloso a la entidad bancaria, en muchos casos. Así, en algunos supuestos, la pérdida de la vivienda por impago y la situación de ruina del deudor serán consecuencia de una negligencia por parte de la entidad bancaria a la hora de examinar

³⁸⁵ Según lo expuesto debería observarse con mayor laxitud el hecho de que hubieran medios menos lesivos de evitar el mal. En función de lo anterior, no debería exigirse el agotamiento de todas las vías lícitas, bastando que se hubiera tratado de acceder a una vivienda pública por el cauce legal, sin que tal mecanismo hubiere atendido la necesidad, en las condiciones y momento requeridos. En este sentido, STS 1248/2006, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez); STS 1253/2005, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

³⁸⁶ Si ello es así, la consiguiente ruina y la situación de necesidad derivada de la misma podría ser atribuible en cierta forma a la entidad bancaria.

la situación financiera del solicitante o a una laxitud extrema por parte de la misma en el momento de considerar la concurrencia de los requisitos para otorgar el préstamo. En otros, podría llegar a apreciarse una ausencia tal de condicionamientos para la concesión del préstamo, en situaciones en las que era previsible la imposibilidad de devolución del mismo, que el resultado final de embargo del inmueble por la entidad bancaria podría imputarse a título doloso a la misma. Si al embargo del inmueble se sumase la incapacidad del sujeto para poder acceder a otro, debido a una situación de ruina derivada del pago del préstamo, el estado de necesidad sería atribuible a la entidad bancaria

Es evidente, que la actuación de las entidades bancarias, en los términos descritos, no se subsume en ningún tipo penal. Esto es así, en la medida en que el solicitante de un préstamo hipotecario o de cualquier contratación bancaria es informado de los riesgos que comportan los incumplimientos y además conoce mejor que nadie su situación económica. No obstante, según todo lo expuesto en el párrafo precedente, la entidad bancaria es responsable, en cierta medida, del resultado de pérdida del inmueble por parte del deudor que incumple su obligación de pago, de su ruina y de la subsiguiente situación de necesidad en la que el sujeto en cuestión no puede acceder a una nueva vivienda. En este sentido, quedaría fundamentado en un título de responsabilidad por organización, su especial deber de tolerancia respecto de las ocupaciones de bienes embargados, por incumplimiento del pago de las cuotas de devolución de un préstamo hipotecario³⁸⁷.

Entiendo que, en este segundo supuesto, las usurpaciones que quedarían amparadas por el estado de necesidad defensivo serían tanto las prolongaciones de la ocupación de un inmueble por parte de los expropietarios del mismo, cuando éste ha pasado a la titularidad de una entidad bancaria por impago de un préstamo hipotecario³⁸⁸, como la ocupación de un inmueble vacío, propiedad del banco que hubiera “causado” la situación de necesidad. Ello es así, dado que lo determinante es que la entidad bancaria es la causante la situación de necesidad y que la misma se resuelve mediante la afectación de un bien de su titularidad.

En estos supuestos, como en los casos de usurpaciones de bienes de dominio público, la apreciación de la concurrencia de un estado de necesidad defensivo afectará a la caracterización del mal que se trata de evitar, a la ponderación de males y a la subsidiariedad.

³⁸⁷ También podrá apreciarse idéntica responsabilidad respecto de los bancos, por propiciar a un cliente a una situación de ruina que le impida acceder a una vivienda, sea por la vía que sea.

³⁸⁸ En estos casos, se trataría de verdaderas usurpaciones típicas, en la medida en que sus autores ocupan en concepto de dueño y en nombre propio, y no en nombre ajeno, como ocurre con los arrendatarios o precaristas.

1.3. El miedo insuperable (art 20.6 CP).

El art. 20.6 CP recoge una causa de inexigibilidad³⁸⁹. La eximente contemplada en el precepto reseñado se aplica en los casos en los que el sujeto se halla sometido a la amenaza de un mal que el “hombre medio” no superaría en la situación concreta del autor, con las condiciones personales, físicas y mentales del éste. Se trata de un miedo capaz de excluir la normalidad motivacional del sujeto, de manera que no pueda superar su presión motivadora ni dejar de realizar la conducta antijurídica³⁹⁰. Según lo anterior, esta eximente podría apreciarse en los casos de usurpación por motivos de necesidad.

Nuestra jurisprudencia ha ido configurando cuáles son las circunstancias que deben concurrir para que el miedo pueda calificarse como insuperable³⁹¹. Así, el sujeto que actúa típicamente debe hallarse bajo la presión de la amenaza real, seria e inminente de un mal. La valoración de la superabilidad del miedo causado por esta amenaza debe realizarse desde la perspectiva del hombre medio, pero teniendo en cuenta la situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de forma personalísima³⁹².

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aprecia la eximente completa, cuando “debido al miedo el sujeto no podía haber actuado de otra manera”. Por otra parte, la eximente se aplica de forma incompleta, “si concurre un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, que alcanza un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva, pero hay indicios objetivos de que sí que cabía un comportamiento diferente, pese a la presión de las circunstancias”³⁹³.

³⁸⁹ La exigibilidad es la posibilidad de autodeterminarse conforme a derecho en el caso concreto. Se entiende que no existe esta oportunidad de autodeterminación cuando, debido a las circunstancias del caso concreto, adecuar el comportamiento del autor del delito, a las exigencias normativas, representa una exigencia intolerable para el “hombre medio”. Así, el juicio de exigibilidad se realiza valorando el comportamiento del autor del delito desde la perspectiva del “hombre medio”. En este modelo ideal de “hombre medio”, construido mediante la generalización, deben incluirse las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas.

³⁹⁰ En el sentido de considerar esta eximente como causa de inexigibilidad se pronuncia la doctrina mayoritaria. Así, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 295; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 455-483; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, pp. 140 y ss.; MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el crecimiento y evolución de las concepciones normativas*, pp. 125 y ss. También la jurisprudencia: STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS 659/2012, de 26 de julio (Antonio del Moral García); STS 1046/2011, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro). En sentido contrario, otros autores consideran que el miedo insuperable es una causa de justificación: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, p. 66; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, pp. 437 y ss.

³⁹¹ STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS 1046/2011, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro); STS 659/2012, de 26 de julio (Antonio del Moral García).

³⁹² Véase, por todas, STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

³⁹³ Por todas, STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

En el caso de las usurpaciones de inmuebles llevadas a cabo por motivos de necesidad de vivienda, podría plantearse el caso de que una pareja con hijos, que habiendo sido desahuciados de su casa por impago de hipoteca, temiera por la integridad física o la vida de éstos debido al frío, o bien, pensara que los servicios sociales les podían retirar la custodia de los niños por carecer de un inmueble donde habitar. Si no se hubieran agotado todas las vías menos lesivas para acceder a una vivienda no podría apreciarse la eximente de estado de necesidad. No obstante entiendo que cabría aplicar la eximente de miedo insuperable. Lo anterior sería posible si existiera un temor fundado, por parte de los padres de los niños, de que aquellos males pudieran producirse en el caso de no darles rápidamente un nuevo hogar a éstos.

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, lo cierto es que únicamente he hallado una sentencia³⁹⁴ en la que se valora la posibilidad de aplicación de esta eximente en el caso de usurpaciones de inmuebles³⁹⁵. Probablemente se deba a que la eximente que generalmente se plantea por la defensa, en el marco de las ocupaciones por necesidad, es la de estado de necesidad.

Con todo, es interesante tomar en consideración la alegación de la eximente del art. 20.6 CP respecto a usurpaciones llevadas a cabo por necesidad y que no cumplen con los requisitos de la eximente del art. 20.5 CP³⁹⁶. En cualquier caso, en función de la interpretación aquí defendida, la apreciación de la eximente estudiada en este epígrafe conlleva consecuencias diferentes a la de la eximente de estado de necesidad³⁹⁷. En efecto, esta última se configura como causa de justificación y supone la exclusión de la antijuridicidad penal. Por el contrario, el miedo insuperable, como causa de inexigibilidad, afecta únicamente a la categoría de la culpabilidad. En este sentido, cuando se llega a la conclusión de que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal y, como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad. No obstante, dado que la conducta se reputa típica y antijurídica, la

³⁹⁴ SAP Barcelona 120/2013, de 6 de febrero (Aurora Figueras Izquierdo). En el procedimiento de autos se alega la eximente en un caso de usurpación de inmuebles en base al “temor de hallarse en la calle y de vivir de la mendicidad”. No obstante, la sentencia no la aprecia por entender que lo anterior no constituye factor suficiente ni para el miedo insuperable, ni para el estado de necesidad.

³⁹⁵ En cualquier caso, no se descarta que haya podido ser planteada en el marco de algún procedimiento sustanciado ante algún juzgado de lo penal que no haya sido registrado en las bases de datos consultadas.

³⁹⁶ Se alude a la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar y al requisito de la subsidiariedad. Al respecto de la relación de la eximente del art. 20.5 CP y de la del 20.6 CP, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho español”, p. 664, se inserta en el marco de una postura doctrinal que defiende que la eximente del antiguo art. 8.7 CP (actual 20.5) recoge una causa de justificación y que la causa de exculpación por actuar en estado de necesidad debe reconducirse al antiguo art. 8.10 CP (actual 20.6) o a una eventual eximente analógica.

³⁹⁷ Me refiero aquí al estado de necesidad denominado “justificante”.

apreciación de la eximente no impedirá el retorno de la posesión del inmueble a su legítimo propietario. En este sentido, la aplicación de esta eximente no plantea tantos problemas desde un punto de vista político-criminal.

II. Las usurpaciones por motivos ideológicos.

Como ya se ha expuesto al comienzo de este trabajo³⁹⁸, las usurpaciones realizadas por motivos ideológicos se insertan en el marco del fenómeno de la denominada “delincuencia por convicción”. Este término fue acuñado por RADBRUCH en 1925³⁹⁹. Este autor definió este “nuevo” tipo de delincuente como “aquel autor en el que existe el íntimo y decisivo móvil de estar obligado al hecho, a causa de su convicción moral, política, o religiosa”. En este sentido, el sujeto se encuentra ante una colisión de deberes: el moral y el que impone la norma legal. RADBRUCH expresó que es coherente otorgar un trato diferenciado a este tipo de delincuencia, en el ámbito de la aplicación de la pena⁴⁰⁰, porque el autor por convicción es un “adversario del actual poderío moral”, al que no es eficaz combatir con medidas correctivas o retributivas⁴⁰¹.

Por su parte, WELZEL⁴⁰² configuró la figura del “delincuente por conciencia” (*Gewissenstäter*), íntimamente relacionada con la del “delincuente por convicción”⁴⁰³. La decisión de conciencia atañe a una determinación moral seria que el individuo experimenta interiormente en una determinada situación como vinculante e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podía actuar contra ella sin

³⁹⁸ Véase *supra* Presentación.

³⁹⁹ RADBRUCH, G., “El delincuente por convicción”, *passim*.

⁴⁰⁰ RADBRUCH, G., “El delincuente por convicción”, p. 4. El autor en concreto expone: “(...) el delincuente por convicción es alguien que ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino sólo uno que, rebatible o no, piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas. No es casual que, para hacerle frente, el derecho penal ponga a disposición hasta la fecha una clase de pena emparentada con la prisión militar: la detención en fortaleza. Del mismo modo, la palabra “encierro” persigue caracterizar la pena homónima como mera privación de la libertad orientada a la finalidad del aseguramiento del recluso, amén de intimidar, acaso, a los demás, pero sin las tareas de la retribución que doblé la voluntad o del influjo corrector, sin el rasgo de superioridad moral del Estado que pune sobre el penado, quien normalmente participa en el ser de la pena”.

⁴⁰¹ No obstante, no puede olvidarse que la pena también responde a fines de prevención general positiva y negativa.

⁴⁰² WELZEL, H., *Niederschriften*, pp. 61 y ss., citado por BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, p. 64.

⁴⁰³ Varios autores se han pronunciado acerca de cuál es el contenido de la expresión “delincuente por conciencia” y su distinción de los términos “delincuente por convicción”. Así en España, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, *passim*; TAMARIT SUMALLA, J., *La libertad ideológica en el Código Penal*, *passim*.

cargo o conflicto serio de conciencia⁴⁰⁴. Este autor entendió que debía aplicarse una doble disminución de la culpabilidad⁴⁰⁵ a quien por motivos de conciencia cree que una norma supone un injusto legal y carece de fuerza obligatoria.

Aunque ambas figuras están íntimamente relacionadas, la decisión de conciencia se presenta como algo más profundo e intenso que las simples convicciones⁴⁰⁶. Todo delincuente por conciencia lo es, así mismo, por convicción, pero no a la inversa. Sólo aquél que vive un conflicto ético intenso, de carácter existencial, por el sentimiento interior de estar incondicionalmente obligado a desobedecer el derecho, desarrolla una auténtica decisión de conciencia. Aun así continúa siendo difícil dirimir, por un lado, cuando concurre esta mayor intensidad y demostrar, por otro, la existencia de este “sentimiento interior” requerido para la auténtica decisión de conciencia.

Doctrina y jurisprudencia han entendido que cabe la exclusión o la atenuación de la culpabilidad en ciertos casos de conductas típicas y antijurídicas realizadas por motivos de convicción o de conciencia⁴⁰⁷. En este epígrafe se procede a examinar aquellas eximentes que pueden ser alegadas en las usurpaciones de carácter ideológico, a la luz de lo expuesto. Éstas son:

1. La eximente del art. 20.7, como causa de justificación, en relación al ejercicio del derecho a la libertad ideológica.
2. La eximente del art. 20.1 CP, referente a la inimputabilidad.
3. La exclusión de la responsabilidad, por falta de la exigibilidad o por ausencia del requisito de la necesidad de pena⁴⁰⁸.

II.1. El ejercicio del derecho a la libertad ideológica y religiosa.

El art. 20.7 CP establece que queda exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. La doctrina ha coincidido en señalar que la exención reseñada configura una causa de

⁴⁰⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss.

⁴⁰⁵ WELZEL, H., citado en LUZÓN PEÑA, D. M., “Actuación de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, p. 14.

⁴⁰⁶ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss., considera que el delincuente por conciencia es “responsable” por su conducta, mientras que el delincuente por conciencia no. En España, BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción, passim*; TAMARIT, J., *La libertad ideológica en el Código Penal, passim*.

⁴⁰⁷ Para ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss., en el caso de actos delictivos motivados por decisiones de conciencia lo que se excluye es la “responsabilidad”.

⁴⁰⁸ Aquí se tratará principalmente la postura de ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss.

justificación. Ya se ha tratado esta causa de exclusión de la antijuridicidad, en relación al ejercicio del derecho a una vivienda digna, respecto a las ocupaciones por motivos de necesidad. En este epígrafe se va a analizar la eximente reseñada a la luz del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE.

El contenido del derecho que aquí se estudia es la protección de la conciencia y la consecuente libertad de actuar conforme a la misma. Con base en el reconocimiento constitucional de este derecho y a través de la eximente del art. 20.7 CP, podría plantearse la justificación de aquellas usurpaciones realizadas por motivos ideológico-políticos. No obstante, no se ha hallado ninguna sentencia en la que se analice la posibilidad de la concurrencia de la eximente apuntada en relación de un caso de usurpación de inmuebles. Lo anterior puede ser un indicio de la falta de planteamiento de esa posibilidad por parte de las defensas de los presuntos usurpadores.

Los dos ámbitos donde se ha planteado la concurrencia de esta causa de justificación han sido en los supuestos de delitos electorales por motivos de conciencia y en los casos de la antigua insumisión⁴⁰⁹. En relación al primer supuesto, el delito electoral, la jurisprudencia ha sido muy restrictiva en la aplicación de la eximente con motivo de estar ejerciendo el derecho a la libertad ideológica⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo no es unánime, parece negar la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia fuera de dos supuestos: 1. Los casos previstos en el art. 30.2 CE (referente a la objeción al servicio militar). 2. Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, los supuestos en los que el personal sanitario objeta la práctica de abortos atípicos. Así, la STS de 23 de abril de 2005 (Juan José González Ribas), referente a la posibilidad de objeción por el personal sanitario, establece: “También en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencia en materia de prescripción y dispensación de medicamentos”. Posteriormente, con base en la sentencia apuntada, se plantea recurso para solicitar el amparo de la objeción de conciencia respecto de la tramitación de expedientes de matrimonio de personas del mismo sexo. La STS de 11 de mayo de 2009 (Lucas Murillo De la Cueva), niega esta posibilidad y establece que la objeción de conciencia puede apreciarse, excepcionalmente y únicamente, respecto de la objeción al servicio militar y por el personal sanitario respecto a las prácticas de abortos legales.

⁴¹⁰ La STS 1054/2004, de 4 de octubre (Enrique Bacigalupo Zapater) expone: “Debemos subrayar que la libertad ideológica no es una cláusula que permita someter los deberes legales a las convicciones de los ciudadanos. Dicho con otras palabras: la libertad ideológica no autoriza a actuar contra derecho sino a no soportar ninguna limitación de derechos por razón de la ideología o de las creencias. El art. 16 CE es claro: la garantía reconoce el límite necesario para el mantenimiento del orden público, es decir, no dispensa del cumplimiento de la Ley”. En el mismo sentido, STS 1095/2007, de 28 de diciembre (José Ramón Soriano Soriano), expone: “(...) como cualquier ciudadano integrante del cuerpo social se halla moral y jurídicamente obligado a aceptar las normas que mantienen, con orden, libertad y justicia, la estructura de la sociedad en la que vive y de la que también recibe los beneficios como cualquier otro ciudadano”.

Por su parte, respecto al tema de la insumisión, existe alguna jurisprudencia menor que entiende que la conducta del insumiso se halla justificada con base en el art. 20.7 CP. Así, la SAP Guipúzcoa 2151/2000⁴¹¹ reconoce que concurría una causa de justificación en el procesado (“ejercicio legítimo de un derecho”), y que éste tenía un derecho constitucional (“libertad de conciencia”) a ser declarado objetor. En la misma línea, la SAP Navarra 4/1999⁴¹² entiende que no comete delito quien rechaza su incorporación a filas “manifestando su desacuerdo con la existencia de los ejércitos”, aunque esta declaración la haga sin formalismos ni por escrito, ya que “los derechos no se piden, se ejercitan”.

No obstante, la regla general establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹³ es que el derecho a la libertad ideológica y religiosa garantiza la no limitación de derechos por razón de religión o ideología, pero no autoriza a actuar contra derecho transgrediendo las normas. Según lo anterior, el ejercicio del derecho estudiado nunca podrá dar lugar a la eximente del art. 20.7 CP, en la medida en que la aplicación de tal eximente supone la previa realización de un tipo penal y, por ello, la transgresión de una norma.

El Tribunal Constitucional⁴¹⁴ entiende que el derecho reseñado puede ejercerse sin más límites que los derivados de los derechos constitucionales ajenos y de otros bienes

⁴¹¹ SAP Guipúzcoa 2151/2000, de 26 de junio (Luis Blázquez Pérez).

⁴¹² SAP Navarra 4/1999, de 15 de enero (José Julián Huarte Lázaro).

⁴¹³ STS 1054/2004, de 4 de octubre (Enrique Bacigalupo Zapater); STS 1095/2007, de 28 de diciembre (José Ramón Soriano).

⁴¹⁴ La doctrina del Tribunal Constitucional no ha sido uniforme en cuanto al reconocimiento de la objeción de conciencia, tanto como derecho fundamental, ya sea estrictamente vinculado a la oposición al servicio militar reconocido expresamente en el art. 30.2 CE, como en cuanto a derecho autónomo o derivado del art. 16 CE. Tampoco ha sido claro en relación a su contenido. Así, podrían distinguirse varias posturas en el seno de la jurisprudencia del propio Tribunal. En un primer momento, en STC 15/82, de 23 de abril (Gloria Bequé Cantón), se configura la objeción de conciencia, como derecho general, no limitado al servicio militar obligatorio (art. 30.2 CE), sino amparado por las libertades recogidas en el art. 16 CE). Por su parte, en STC 53/85, de 11 de abril (Gloria Bequé Cantón/Rafael Gómez Ferrer Morant), el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la objeción de conciencia al aborto del personal sanitario en los supuestos penalmente atípicos y avanza un paso más dotando a la objeción de conciencia del carácter de derecho fundamental. No obstante, en un momento posterior, el Alto Tribunal niega la condición de fundamental al derecho estudiado y lo desvincula de las libertades ideológica y religiosa del art. 16, pese a reconocer su estrecha relación con las mismas. Además, establece que no existe como derecho fundamental exigible contra todo deber existente en Derecho, sino en la medida en la que se reconozca por la CE y las leyes. En este sentido se manifiesta la STC 160/1987, de 27 de octubre (Carlos de la Vega Venayas), con motivo de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo, contra la legislación en materia de objeción de conciencia, estableciendo que: “El reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia supondría la negación misma de la idea de estado”. En el mismo sentido, STC 161/1987, de 27 de octubre (Ángel Latorre Segura), en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional, sala de lo Contencioso-Administrativo, añade que supondría “un riesgo insoportable de la restricción de los mandatos jurídicos”. Finalmente, es

jurídicos protegidos constitucionalmente⁴¹⁵. Sin embargo, es complicado determinar cuáles deben ser estos límites. A pesar de que la interpretación del Tribunal Constitucional parece dar un amplio margen de actuación al derecho estudiado, en la práctica viene a coincidir con lo manifestado por el Tribunal Supremo. Esto es así, en la medida en que todos los tipos penales protegen bienes jurídicos y cualquier realización típica supone la afectación de “derechos constitucionales ajenos y de otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.

Así, aunque nuestra jurisprudencia no se ha referido concretamente a las usurpaciones de inmuebles, no cabe duda que, de plantearse el caso, rechazaría la apreciación de la eximente en estos supuestos. La admisión de la misma en algunos casos de delito electoral e insumisión conduce a pensar que el ejercicio al derecho a la libertad ideológica tiene un campo de aplicación en relación a normas que protegen intereses supraindividuales y que debe rechazarse en los supuestos en los que se vulneran preceptos que protegen bienes jurídicos individuales⁴¹⁶.

Por su parte, la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de justificar conductas delictivas con base en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica. En este sentido, ROXIN, seguido en España por autores como PEREZ DEL VALLE y LATORRE LATORRE⁴¹⁷, no admite la apreciación de una causa de justificación en los casos de

interesante la STC 154/2002, de 18 de julio (Pablo Cachón Villar), con motivo de un recurso de amparo contra las STSs 950/1997, de 27 de junio, que casaron y anularon la SAP Huesca de 20 de noviembre de 1996 y, condenaron por delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, a los padres de un menor de 13 años -todos ellos Testigos de Jehová-, por haberse negado a convencer a su hijo a recibir la transfusión de sangre que había de salvarle la vida. En esta sentencia el Tribunal Constitucional ampara a los padres del menor, no obstante lo hace con base en la interpretación de que la posición de garante de los progenitores no abarca la conducta de convencer al menor de recibir una transfusión en contra de sus convicciones.

⁴¹⁵ En este sentido, STC 154/2002, de 18 de julio (Pablo Cachón Villar), expone que: “La limitación del ejercicio de la libertad religiosa debe tener en cuenta la incidencia que puede ejercer sobre los otros titulares de derechos y bienes protegidos constitucionalmente (...) y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la Ley”. En la misma línea, STC 141/2000, de 29 de mayo (Tomás S. Vives Antón), en relación al recurso de amparo planteado por un padre al que han prohibido visitar a sus hijos por pertenecer al “Movimiento Gnóstico Cristiano” y para evitar el riesgo de que pueda adoctrinarlos, establece: “El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.

⁴¹⁶ Así, en el caso de los delitos electorales, el bien jurídico protegido es el proceso electoral en sí mismo. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, pp. 460-461. Por otra parte, el bien jurídico protegido por el tipo que castigaba la antigua insumisión era la defensa nacional. Al respecto, GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos de insumisión en la legislación española”, pp. 886 y ss.

⁴¹⁷ ROXIN, C., *Schuler-Springorum-FS*, p. 447, citado por JERICÓ OJER, L., “La desobediencia civil: concepto y tratamiento jurídico penal”, p. 150. Por su parte, en el marco de la doctrina española, PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y derecho penal*, pp. 214-216, niega la posibilidad de otorgar un privilegio

desobediencia civil, en función de dos argumentos: 1. En primer lugar, porque admitir la justificación de la conducta del desobediente supondría deslegitimar su actuación moralmente y privarla de su sentido esencial. 2. En segundo término, desde la perspectiva del Estado de derecho, daría lugar a la contradicción de que la lesión de una norma constituiría un comportamiento típico, antijurídico y al mismo tiempo justificado. También añade que el Estado no puede considerar justificado que se luche contra decisiones mayoritarias legales, a favor de una minoría que emplea medios ilegales. ROXIN concluye diciendo que en ningún caso puede el Estado ser compelido a aceptar como propia la decisión de conciencia de un individuo en concreto, si esta es contraria a la legalidad. Y, añade, que si se admitiera esta posibilidad se pondrían en peligro los principios de democracia y de seguridad jurídica: “El derecho a no ser forzado a actuar contra conciencia demanda un derecho a la indulgencia pero no a la legalización del punto de vista propio”.

Frente a esta postura, existen autores que han defendido que la conducta del delincuente por convicción o por conciencia en ciertos casos puede justificarse por entenderse realizada en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica. No obstante, todos estos autores han coincidido en la necesidad de establecer límites a la concreción práctica de esta posibilidad. En este sentido, algunos autores como VON BURSKI, GREFFENIUS y BECKSTEIN⁴¹⁸ exigen la ponderación de los bienes en conflicto. Así, entienden que ciertos supuestos de conductas indebidas por motivos de conciencia alcanzan la absolucón en sede de antijuridicidad, por quedar amparados por la mencionada causa de justificación. Ello se acepta no obstante con abundantes restricciones, dado que estos autores añaden que ningún derecho fundamental se puede ejercer de forma ilimitada, cuando afecta a bienes jurídicos individuales propios o a los fines últimos del Estado de derecho. Entiendo que este último es el caso del derecho de propiedad y de las facultades que del mismo se derivan. Así, considero que, en virtud de esta teoría, tampoco cabría la justificación de la conducta del “okupa”. Probablemente, estos autores únicamente aceptarían la apreciación de esta causa de justificación en casos equivalentes a la insumisión o al delito electoral, en los que estuvieran en juego intereses supraindividuales.

En la misma línea, otros establecen el límite en la proporcionalidad de la protesta. En este sentido, DREIER⁴¹⁹ entiende que el sujeto que “solo o en compañía, cumpla por

de trato penal a la delincuencia por convicción cuando ésta se inserta en el marco de la desobediencia civil y es intrascendente para el derecho de manifestación o de reunión. En opinión de este autor, existen intereses no susceptibles de ponderación. También en el mismo sentido se pronuncia LATORRE LATORRE, V., *Desde la tolerancia*, p. 174.

⁴¹⁸ VON BURSKI, GREFFENIUS, BECKSTEIN, citados indirectamente, a partir del estudio inédito elaborado por VALLET, I./SALELLES, B., *El delincuente por convicción*, para una exposición en los seminarios del curso de doctorado de la Universitat Pompeu Fabra, año 2007.

⁴¹⁹ DREIER, R., *Ziviler Ungehorsam*, p. 64-68, citado por JERICÓ OJER, L., “La desobediencia civil: concepto y tratamiento jurídico penal”, p. 149 y ss.

motivos político-morales, de forma pública y no violenta, el tipo de una norma de prohibición, actúa constitucionalmente y de forma justificada, en la medida en que lleve la protesta contra un injusto grave y dicha protesta sea proporcional, debiéndose entender por proporcional que ésta sea adecuada y necesaria como medio para alcanzar el fin de la protesta”. En este sentido, cobra esencial importancia el juicio de proporcionalidad. Según este autor, cuando la ponderación de intereses nos lleve a considerar que el bien jurídico quebrantado -la posesión civil- merece menor protección que el respetado -en este caso la libertad de ejercer un derecho-, la conducta no será penalmente antijurídica. Por otra parte, el medio empleado deberá ser el menos gravoso de entre aquellos que sean eficaces para ejercer el derecho en concreto.

En España, TAMARIT⁴²⁰ asume la postura anterior y defiende la posibilidad de justificar la desobediencia civil en el ejercicio de un derecho, ahora bien, de forma limitada y cuando el ordenamiento jurídico no haya resuelto por otros mecanismos dicho conflicto. No obstante, deberá utilizarse, como criterio delimitador, la necesidad de recurso a estos medios y la proporcionalidad de la medida.

Por su parte, HERRANZ CASTILLO⁴²¹ se refiere en concreto al caso de los “okupas” y manifiesta que la conducta de éstos se halla amparada por la causa de justificación de actuar en el ejercicio de un derecho. El autor considera que ello es así por concurrir el elemento subjetivo⁴²² necesario para la apreciación de esta circunstancia: “la voluntad y la convicción de que se está ejercitando un derecho constitucionalmente reconocido y que se ejercita sobre una casa abandonada y sin uso efectivo”. No obstante, a la vista de lo anterior, queda claro que tampoco en virtud de esta teoría se acepta la justificación de la conducta del “okupa”. En efecto, aunque el autor en principio parece admitir esta posibilidad, en realidad únicamente lo hace respecto a la ocupación de casas abandonadas. Con ello no añade nada nuevo, en la medida en que la jurisprudencia mayoritaria ya excluye la tipicidad de estas usurpaciones por entender que no lesionan el bien jurídico protegido por el tipo.

JERICÓ OJER⁴²³ defiende que no todo acto típico realizado en el ejercicio a la libertad ideológica y religiosa rebasa los límites constitucionales⁴²⁴. También LUZÓN PEÑA⁴²⁵ admite la posibilidad de justificar las conductas típicas llevadas por este motivo, pero

⁴²⁰ TAMARIT SUMALLA, J., *La libertad ideológica en el derecho penal*, pp. 460 y ss.

⁴²¹ HERRANZ CASTILLO, R., “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, pp. 1-5.

⁴²² El autor parece no tener en consideración que, en todo caso, también deberían darse los elementos objetivos.

⁴²³ JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 435 y ss.

⁴²⁴ La postura de esta autora volverá a tratarse en mayor profundidad en el epígrafe siguiente.

⁴²⁵ LUZÓN PEÑA, D. M., “Actuación de conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, pp. 1-22.

siempre y cuando supongan vulneraciones de normas que imponen deberes y bajo la concurrencia de ciertos presupuestos⁴²⁶.

Del análisis de los planteamientos de la mayor parte de estos autores, se puede establecer que generan dudas en cuanto a la valoración de los bienes en conflicto y en relación al juicio de proporcionalidad. Con respecto a este último, resulta difícil establecer de forma objetiva cuando una protesta es necesaria y adecuada. En todo caso, creo poder concluir que, tampoco en virtud de las teorías de este sector doctrinal, sería posible justificar la conducta de los “okupas” con base en el ejercicio de un derecho a la libertad ideológica. Ello es así, en la medida en que no parece proporcionado fundamentar la lesión del derecho de posesión derivado del dominio, en el ejercicio de la propia libertad ideológica.

No obstante, en el marco de estas posturas reseñadas, las tesis que me han parecido más adecuadas son la de JERICÓ OJER y la de LUZÓN PEÑA. Por ello me refiero y desarrollo las mismas en el epígrafe siguiente destinado a la exposición de la toma de postura.

II.1.A. Toma de postura.

En mi opinión, para poder determinar si cabe invocar el ejercicio del derecho a la libertad ideológica como causa de justificación, deberá partirse de definir el contenido del ejercicio de tal derecho. El art. 16.1 CE reconoce el derecho a la libertad ideológica y religiosa, pero impone como limitación a sus manifestaciones “la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”. Por su parte, el legislador concreta el concepto de orden público en el art. 3.1 LO 7/1980 de Libertad religiosa: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección de los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas, derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en una sociedad democrática”.

Por otra parte, dado que el art. 20.7 CP configura una causa de justificación en el actuar en el ejercicio de un derecho sin excluir ninguno, no puede descartarse *a priori* que el desarrollo de cada uno de los derechos constitucionales pudiera llegar a justificar al menos una conducta típica.

Llegados a este punto, comparto la opinión de JERICÓ OJER⁴²⁷ cuando refiere que una postura que excluye la justificación de los actos típicos llevados a cabo por motivos de

⁴²⁶ La postura de este autor se tratará en mayor profundidad en el epígrafe siguiente.

conciencia, tiene sentido en un derecho penal en el que rigen realmente los principios de *ultima ratio* e intervención mínima. En el marco de un sistema penal de tales características, cualquier vulneración de una norma supondría un ataque grave contra un bien jurídico protegido y no cabría la justificación con base en el ejercicio de la libertad ideológica. No obstante, tal y como expone la autora, nuestro Código Penal castiga conductas “no tan graves”, como es caso del delito electoral. Lo anterior implica que no todo acto típico realizado en el ejercicio de la libertad religiosa e ideológica rebase el límite establecido por la Constitución.

A partir de aquí, una vez expuesto que hay un espacio para la justificación del actuar típico del delincuente por conciencia, debe determinarse en qué casos cabrá esta justificación. En el marco de la doctrina, me parece acertada la postura de LUZÓN PEÑA⁴²⁸. Este autor establece una distinción entre la vulneración de normas que imponen deberes⁴²⁹ y la de aquéllas de carácter prohibitivo. Las primeras podrán generar un conflicto inevitable con el ejercicio de la libertad ideológica. Por ello, frente a éstas cabría la justificación en función de lo dispuesto en el 20.7 CP, siempre que de una ponderación de los bienes en conflicto resultara superior el derecho a la libertad ideológica y religiosa⁴³⁰. En el segundo caso, el autor entiende que no cabría la justificación en ningún supuesto.

Así las cosas y, en relación a la vulneración de normas de carácter imperativo, deberá realizarse una ponderación de bienes jurídicos en cada caso. Por regla general, de resultas de esta ponderación, se rechazarán aquellos actos de conciencia que ataquen bienes jurídicos individuales. En cambio, se aceptará la alegación de motivos de conciencia respecto a vulneraciones de normas que protegen bienes jurídicos supraindividuales. Ello es así, en la medida en que el Estado puede tolerar que, en ciertos casos, se le desobedezca por motivos de conciencia, pero no puede permitir que se ataque a derechos individuales.

Esta parece ser también la teoría que subyace a la postura de parte de nuestra jurisprudencia menor, en relación a la apreciación de la causa de justificación de actuar

⁴²⁷ JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 435 y ss.

⁴²⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., “Actuación de conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, pp. 1-22.

⁴²⁹ No obstante, el autor debería excluir aquellos casos en los que el sujeto se halla en posición de garante. En estos supuestos, la norma que impone un determinado deber debe equipararse con una norma prohibitiva (art. 11 CP). En la doctrina véase SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *Estudios sobre los delitos de omisión, passim*. En la jurisprudencia, en relación a supuestos de hecho en los que “Testigos de Jehová” impiden la transfusión salvadora a su hijo, por ser contraria a sus convicciones religiosas, véase: ATC 369/1984, de 20 de junio; STS de 27 de marzo de 1990 (José Hermenegildo Moyna Ménguez); STS 950/1997, de 27 de junio (Carlos Granados Pérez).

⁴³⁰ En virtud de este criterio de la ponderación, probablemente resultará nuevamente la admisión de la exención únicamente en los casos de vulneración de normas protectoras de bienes supraindividuales.

en el ejercicio a la libertad ideológica, en los casos de objetores al servicio militar por motivos de conciencia⁴³¹. En mi opinión, podría entenderse que cabe el ejercicio “defensivo” del derecho a la libertad ideológica y religiosa. En este sentido, podría justificarse la conducta típica del agente que vulnera un mandato que afecta su libertad ideológica y cuya contravención atenta contra un bien jurídico supraindividual.

Este ejercicio defensivo del derecho a la libertad ideológica exigiría de la concurrencia de tres presupuestos: 1. La existencia de un conflicto entre una norma de obligado cumplimiento y la libertad ideológica de un determinado individuo, que se ve afectada por el deber impuesto por la norma. 2. La imposibilidad de evitar la afectación de la libertad ideológica en el caso de cumplirse la norma. 3. La justificación será posible cuando de la ponderación de bienes en conflicto resulte que la afectación de la libertad ideológica, en el caso de realización de la conducta impuesta, es mayor que el menoscabo causado al bien jurídico protegido por el tipo que se vulnera, en el supuesto de no cumplimiento del deber que éste impone. Como se ha visto, la jurisprudencia considera que la actuación contra la libertad de conciencia, en el caso de los insumisos, es un mal mayor que la afectación de la seguridad nacional que pudiera representar no realizar el servicio militar. Por otra parte y, en sentido contrario, la actuación contra la libertad de conciencia, que pudiera significar el no expresar el descontento en relación a la propiedad privada y las desigualdades que genera, constituye, según la jurisprudencia, un mal menor que la afectación del derecho de dominio⁴³².

El tercer requisito citado es esencial en aras a evitar llegar al absurdo de considerar justificadas y, en consecuencia, conformes a derecho conductas como la omisión del deber de socorro por motivos de conciencia. En este sentido, no se podrá permitir, por ejemplo, que una persona de convicciones racistas no socorra a una persona de una raza diferente a la propia.

Según lo expuesto, considero que podría caber la justificación de las conductas típicas realizadas en el ejercicio de un derecho a la libertad ideológica o religiosa que implican la vulneración de una norma que establece una obligación, si se cumplen el resto de los requisitos indicados. Con respecto a los casos de conductas que vulneran normas penales de carácter prohibitivo, entiendo que no cabría justificación en ningún caso, por entender que en estos supuestos el derecho a la libertad de ideológica y religiosa rebasaría el límite que impone la Constitución⁴³³.

⁴³¹ SAP Guipúzcoa 2151/2000, de 26 de junio (Luis Blázquez Pérez); SAP Navarra 4/1999, de 15 de enero (José Julián Huarte Lázaro).

⁴³² Así las cosas, parece que la jurisprudencia acepta únicamente la justificación de la conducta típica, con base en la eximente estudiada, cuando lo afectado es un interés difuso.

⁴³³ Como ya se ha expuesto más arriba en este mismo epígrafe, este límite es el orden público.

Por consiguiente, considero que las conductas descritas en el art. 245 CP no podrían quedar justificadas, con base en el art. 20.7 CP, en ningún caso. Ello es así, respecto de las usurpaciones de inmuebles de dominio privado, en primer lugar por suponer la contravención de una norma prohibitiva. Lo anterior da lugar a que el conflicto ante el que se halla la persona en cuestión no es inevitable, en la medida en que hay una única actuación que se impide y, con excepción de la misma, el sujeto puede actuar libremente. Con ello me refiero a que, con base en la prohibición recogida en el art. 245.2 CP, el sujeto que pretende reivindicar el derecho de todos los ciudadanos a una vivienda digna, en el ejercicio de su libertad ideológica, no podrá usurpar un inmueble para manifestar sus convicciones, pero aún dispondrá de otras herramientas de protesta. No ocurre lo mismo con el que, en el cumplimiento del deber de todos los ciudadanos, es llamado a formar parte de una mesa electoral. En este segundo supuesto, el individuo en cuestión únicamente tiene la opción de acatar la orden en contra de sus convicciones o incumplirla vulnerando el mandato legal.

Por otra parte, el derecho afectado por el delito de usurpación de inmuebles -el derecho de posesión derivado del dominio- es un bien jurídico individual y, en la comparación de los intereses en juego, esto es, el derecho a actuar en el ejercicio de la libertad ideológica *versus* el derecho de posesión dimanante del dominio, no existe preponderancia del primero frente al segundo. Así las cosas, el usurpar un inmueble ajeno sin el consentimiento de su propietario o el mantenerse en el mismo contra su voluntad, resultarían conductas desproporcionadas en el marco del ejercicio del derecho a la libertad ideológica.

Respecto de las usurpaciones de inmuebles públicos, creo que debería llegarse a la misma solución. En estos casos, la cuestión sería decidir, si el incumplimiento por parte de los Poderes Públicos en materia de vivienda, podría justificar la usurpación del papel de éstos en cuanto a la gestión de la misma, ocupando inmuebles públicos en el ejercicio de la libertad ideológica. Entiendo que aquí nuevamente nos encontramos con los mismos problemas apuntados. En primer lugar, no nos hallamos ante una situación de conflicto inevitable, porque el que actúa en el ejercicio de su libertad ideológica puede hallar otras vías de protesta. Además, resultaría completamente antidemocrático la usurpación de las funciones del Estado por personas no legitimadas por los ciudadanos. Por otra parte, también aquí la ponderación de los intereses en juego se decantaría en favor del derecho de posesión derivado del dominio. Finalmente, usurpar un inmueble ajeno en el ejercicio de la libertad ideológica resulta una actuación desproporcionada.

Por otra parte, esta interpretación también resulta adecuada a la vista de la consideración de la eximente estudiada como causa de justificación. Como ya se ha expuesto, admitir la justificación de una conducta implica reconocer su conformidad a Derecho. Lo anterior tiene consecuencias en el caso concreto, en la medida en que impide al titular del bien utilizar mecanismos legales para recuperar la posesión del mismo y autotutelar

su derecho recurriendo a la legítima defensa. También, desde una perspectiva general, aceptar la justificación de estas conductas puede repercutir en su proliferación, en la abrogación del tipo estudiado por la vía de la inaplicación y en una situación de inseguridad jurídica respecto de la tutela de estamentos importantes del sistema socio-económico, como lo son la posesión y la propiedad.

II.2. La inimputabilidad.

El art. 20.1 CP expone que es inimputable⁴³⁴: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”. Según ese precepto, es inimputable la persona que sufre un trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, que implica alteraciones ostensibles de la personalidad y que ejerce influencia sobre la conducta realizada. La apreciación de la inimputabilidad conlleva la exclusión de la culpabilidad⁴³⁵. Por su parte, el art. 21 CP prevé la atenuación de la imputabilidad cuando se da una de las situaciones referidas en el art. 20.1 CP, pero falta algún requisito esencial para poder apreciar la causa de inimputabilidad.

Determinar si concurre el presupuesto de *facto* que permite excluir la imputabilidad corresponde a la medicina y a la psiquiatría. En función de lo anterior, es importante examinar la doctrina en estos campos, en aras a comprobar si cabría la inimputabilidad en algunos supuestos de usurpación. En este sentido, lo que parece interesante analizar es si el “usurpador de inmuebles”, por el sólo hecho de realizar esta conducta, puede considerarse que se inserta en uno de los supuestos de inimputabilidad.

A lo largo de este estudio se han diferenciado dos tipos de usurpación: la que se realiza por razones de necesidad de vivienda y la que se lleva a cabo por motivos ideológicos. Con respecto a la primera forma de ocupación no cabe considerar la posibilidad de una inimputabilidad generalizada a todos los supuestos. En cambio, con respecto al segundo grupo de usurpaciones podría plantearse lo anterior. En este sentido, se pronuncia GAUPP, en el marco de la doctrina psiquiátrica, con respecto al delincuente por convicción en general. Así, GAUPP entiende que este autor es “un fanático de la convicción en el sector político y religioso que podría subsumirse entre las ‘psicopatías’ y los caracteres de predisposición esquizofrénica y rigidez afectiva”⁴³⁶.

⁴³⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 455-483 y ss.

⁴³⁵ Al respecto de esta eximente, véase CEREZO MIR, J., en AAVV, *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, pp. 425-260.

⁴³⁶ GAUPP, R., *Der überzeugungsverbrecher*, p. 398, citado por BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, p. 331.

No obstante, al margen de la posibilidad de aplicabilidad de la teoría de GAUPP a otros sectores de la delincuencia por convicción, entiendo que no cabe esta interpretación respecto del okupa. En efecto, el término psicopatía está estrechamente vinculado a las ideas de violencia y de falta de empatía⁴³⁷ y el movimiento okupa es esencialmente pacífico y su lucha tiene una finalidad altruista. Por otra parte, aunque la psicopatía puede tener cabida en el marco de la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica” (art. 20.1 CP), un amplio sector de la doctrina⁴³⁸ y de la jurisprudencia⁴³⁹ han entendido que no se trata de una verdadera enfermedad mental y que, en todo caso, no afecta “a la comprensión de la ilicitud del hecho ni impide actuar conforme a dicha comprensión” (art. 20.1 CP)⁴⁴⁰.

En función de lo expuesto, aun cuando se aceptara la inclusión del okupa en el marco de las psicopatías, ello no significaría la exclusión de la culpabilidad *per se*. Habría de valorarse, en cada caso, si a la psicopatía se añaden otros factores y si, en su conjunto, pueden afectar a la capacidad de la comprensión del ilícito y a la capacidad de decisión.

Por otra parte, PÉREZ RICCO⁴⁴¹ manifiesta que la conducta del “antinorma” es antisocial y se inserta en el marco de un trastorno de personalidad. Los conceptos de “delincuente por convicción” y de “antinorma” no son plenamente coincidentes. El “antinorma” es un subtipo en el marco de la delincuencia por convicción y se corresponde con aquellos sujetos que no consideran legítimos ni el sistema ni las normas que del mismo dimanar y que estiman un deber acabar con los pilares de ambos conceptos. Considero que la usurpación de inmuebles realizada por motivos ideológicos se inserta en el marco de este subgrupo de la delincuencia por convicción. En este sentido es ilustrativa la expresión que emplea MIRÓ⁴⁴² para referirse a los que usurpan por motivos ideológicos: “desobedientes sociales”.

⁴³⁷ HARE, R. D., *Sin conciencia (el inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean)*, pp. 42 y ss.

⁴³⁸ En este sentido, SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., “Fisonomía de la psicopatía, concepto, origen, causas y tratamiento legal”, pp. 79-125; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J./FONSECA MORALES, G. M., *Trastornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, p. 139.

⁴³⁹ STS 680/2011, de 22 de junio (Francisco Monterde Ferrer); STS 503/2008, de 17 de julio (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

⁴⁴⁰ Al respecto, se manifiesta HARE, R. D., *Sin conciencia (el inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean)*, p. 42, al exponer que los psicópatas no sufren los delirios y alucinaciones que caracterizan las enfermedades mentales, se dan cuenta de lo que hacen y su conducta es el resultado de una elección libre. Debido a lo anterior, en el orden penal y a efectos de determinar la responsabilidad penal, la regla general es que el psicópata es plenamente imputable.

⁴⁴¹ PÉREZ RICCO, C., médico forense de los Juzgados de violencia de género de Barcelona, en el marco de un seminario del curso de especialización en violencia de género, noviembre-diciembre, 2013.

⁴⁴² Véase *supra* Presentación.

No obstante, debe aquí volver a reiterarse que para excluir la imputabilidad de un sujeto, con base en el art. 20.1 CP, no basta con la concurrencia de una anomalía o alteración psíquica, sino que además ésta debe dar lugar a una incapacidad de comprensión del ilícito y de comportarse conforme a la norma. En este sentido, entiendo que respecto del “antinorma” debe predicarse lo mismo que se expuso en relación al psicópata, esto es, que es un individuo que razona perfectamente y conserva íntegro su poder de decisión. Según lo anterior es plenamente imputable.

Por otra parte, excluir la imputabilidad del “antinorma” o la del delincuente por convicción en general tendría graves consecuencias político-criminales. No ya desde el punto de vista de la usurpación de inmuebles, sino desde la óptica de ciertos actos de vandalismo e incluso de terrorismo, que también podrían incluirse en el marco de la conducta por convicción. Por lo anterior, entiendo que la exclusión de la imputabilidad en los casos de usurpación deberá ser examinada individualmente en la persona de cada autor.

II.3. La inexigibilidad, la exclusión de la responsabilidad y categorías afines.

En el marco del sector doctrinal que trata los conflictos derivados de la delincuencia por convicción en sede de inexigibilidad, exclusión de la responsabilidad o similares destaca la postura de ROXIN⁴⁴³. Por esta razón a continuación se va a hacer referencia a la misma.

El sistema racional-final o teleológico supone la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. Ello conlleva que para imponer una pena no basta la concurrencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, sino que además debe añadirse una necesidad preventiva, ya sea especial o general. Así, la culpabilidad y la necesidad de pena se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. En el marco de esta postura doctrinal, ROXIN⁴⁴⁴ entiende que el sistema jurídico debe dispensar un trato diferente al delincuente por conciencia frente al delincuente por convicción. En este sentido, ROXIN considera que el delincuente por convicción es penalmente responsable. El autor afirma que la actitud interna que denota el hecho sólo se puede tener en cuenta en la medición de la pena⁴⁴⁵. Por el contrario, en el caso de la delincuencia por conciencia el sujeto se halla en un “estado de necesidad interior” y puede excluirse la responsabilidad. ROXIN estima que, en este segundo caso, el sujeto

⁴⁴³ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss.

⁴⁴⁴ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss.

⁴⁴⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, p. 942 y ss.

es culpable, pero puede llegar a faltar el requisito de la necesidad de pena que configura, junto a la culpabilidad, la categoría de la responsabilidad.

No obstante, ROXIN impone una serie de límites a la protección de estos casos de conciencia. El estado únicamente podrá convivir con aquellas decisiones minoritarias que no atenten contra los supremos principios constitucionales, contra la seguridad del estado o contra los derechos fundamentales de otros ciudadanos. Lo anterior es coherente, en la medida en que aquellos actos que atentan contra pilares del sistema hacen “necesaria” una pena. Así, se trata de unas limitaciones semejantes a aquellas que prescriben los autores que abordan la cuestión en sede de antijuridicidad.

ROXIN entiende así mismo que es posible excluir la responsabilidad en ciertos casos de desobediencia civil. No obstante, deben concurrir ciertos requisitos: 1. El sujeto debe actuar por la preocupación del bien común. 2. La infracción de las reglas debe tener una conexión reconocible con el destinatario de la protesta. 3. Quien lleva a cabo la protesta debe declararse claramente partidario de la democracia parlamentaria. 4. Los revolucionarios no pueden ser exculpados. 5. La infracción de las reglas debe evitar toda actividad violenta y la resistencia activa a las fuerzas del orden.

A la vista de los anteriores requisitos y, en concreto, de los puntos tercero y cuarto, se hace evidente que no cabría la exculpación del “okupa” en virtud de los anteriores parámetros. Por otra parte, en relación a la posibilidad de excluir la responsabilidad del “okupa” por entender que es un “delincuente por conciencia”, considero que ello no es tampoco posible. En primer lugar, parece difícil incluir una usurpación de inmuebles en el marco de la categoría de las decisiones de conciencia, en los términos referidos al abordar las posturas de WELZEL y de ROXIN. En segundo lugar, aun cuando el comportamiento del “okupa” se considerara un acto de conciencia, la postura de ROXÍN, con las limitaciones impuestas, no permitiría apreciar la ausencia de necesidad de pena en el caso del “okupa”. Ello es así, en la medida en que la usurpación afecta efectivamente los intereses de otros ciudadanos y la esencia del derecho de propiedad.

III. Conclusión y toma de postura.

Así las cosas, entiendo que cabe la justificación de las usurpaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad en dos casos:

1. En el marco del ejercicio defensivo a una vivienda digna, únicamente respecto de inmuebles de titularidad pública, cuando concurren dos presupuestos: A. Que el sujeto no disponga de medios propios que posibiliten su acceso a una vivienda. B. Cuando no existe previsión legal que posibilite el acceso a la misma, en el caso concreto.

2. En los supuestos en los que se cumplen los requisitos de la eximente de estado de necesidad.

Cuando las mencionadas exigencias no se dan, en algunos casos cabrá la exclusión de la culpabilidad en virtud de la eximente de actuar bajo la presión de un miedo insuperable.

Por otra parte y, en relación a las usurpaciones por motivos ideológicos, debe excluirse la posibilidad de justificación de las conductas de usurpación de inmuebles y de la exculpación de sus autores en el marco de las eximentes del art. 20 CP. En el siguiente epígrafe se analizará si cabe la exclusión de la responsabilidad penal en sede de error de prohibición (art. 14.3 CP).

No obstante, considero que de *lege ferenda*, también cabría retomar la previsión legal de una atenuante que rebajara la pena en los casos de conductas realizadas por motivos especialmente valorados, al igual que en la actualidad ya existe una circunstancia agravante relativa a la reprochabilidad de ciertos móviles (art. 22.4 CP). En este sentido, el CP⁷³ recogía una atenuante⁴⁴⁶ basada en los móviles morales⁴⁴⁷, altruistas⁴⁴⁸ o patrióticos⁴⁴⁹.

En efecto, parece que debería tenerse en cuenta el hecho de que quien realiza la ocupación por motivos ideológicos considera que su acto es útil en aras a conseguir mejoras sociales en relación al acceso a la vivienda. En este sentido, entiendo que sería adecuado que se tomara en consideración el carácter positivo de este móvil en el marco de la determinación de la pena, en la misma medida que se tiene en cuenta, por ejemplo, el desvalor de las conductas motivadas por ideología racista (art. 22.4 CP).

IV. La conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición.

Una vez examinadas las eximentes del art. 20 CP, aquí se procede a analizar la posibilidad de excluir la responsabilidad de los autores de una usurpación de inmuebles

⁴⁴⁶ Por motivos patrióticos se hacía referencia a la actuación que busca lo mejor para la colectividad en la que se halla. Al respecto, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 448-449.

⁴⁴⁷ Por motivos morales se entendía la finalidad que merece la consideración de valiosa desde el punto de vista de la ética social en el momento del hecho. Al respecto, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 448-449.

⁴⁴⁸ Por motivos altruistas se entendía la actuación que tiene como meta el beneficio ajeno y no el propio. Al respecto, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, pp. 448-449.

⁴⁴⁹ Véase al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, pp. 93-140.

con base en la figura del error de prohibición, recogida en el art. 14.3 CP. Por lo general se entiende que, a diferencia del error de tipo⁴⁵⁰ del que ya se habló en este mismo trabajo, el error de prohibición no afecta al injusto del hecho, pero excluye o atenúa la culpabilidad. El presupuesto de la existencia del error de prohibición reside en la afectación de la conciencia o del conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Así las cosas, la apreciación de la concurrencia del error de prohibición cabe: 1. En los casos de actuación con desconocimiento de la ilicitud del hecho. 2. En los supuestos en los que el sujeto cree proceder amparado por una causa de justificación inexistente. 4. Cuando el error se manifiesta en relación a los límites normativos de una causa de justificación⁴⁵¹. Según la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias⁴⁵², no puede apreciarse la concurrencia de error cuando el autor no descarta la seria probabilidad de que su conducta sea genéricamente contraria a Derecho. Así las cosas, resulta difícil argumentar la exculpación de quien usurpa por motivos ideológicos, en la medida en que éste incumple la norma con pleno conocimiento, por considerarla injusta. Entiendo que únicamente podría apreciarse el error, en estos casos, respecto a los límites de la causa de justificación de actuar en el ejercicio de la libertad ideológica (art. 20.7 CP, en relación al art. 16 CE).

No obstante, algunos autores han optado por dar solución a los conflictos generados por decisiones de convicción y de conciencia en sede de error de prohibición. Así, en el marco de nuestra doctrina, BAUCELLS I LLADÓS⁴⁵³ entiende que la figura del error

⁴⁵⁰ Véase *supra* IV.2. El Error.

⁴⁵¹ Tal será el caso del que cree que ocupa una vivienda por hallarse en estado de necesidad, aunque ésta no sea su situación real por haber podido acceder a la vivienda a través de cauces lícitos. No obstante, en este caso, dado que en el supuesto descrito el sujeto no actúa evitando un mal equivalente, aunque entiende erróneamente que lo hace, cabrá legítima defensa por parte de aquél que ve afectado su bien jurídico. El error sobre los límites de una causa de justificación equivale al error de prohibición. Tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, se acepta unánimemente la concurrencia de error de prohibición, en el caso en el que el sujeto se equivoca sobre la existencia o límites de una causa de justificación. Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de derecho penal. Parte general*, pp. 482 y ss; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 861 y ss., defiende una teoría restringida de la culpabilidad y entiende que el error sobre la existencia y los límites de una causa de justificación constituyen un error de prohibición, mientras que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación integran el error de tipo.

⁴⁵² La STS 865/2005, de 24 de junio (Julián Sánchez Melgar), no aprecia la concurrencia de error vencible, respecto del delito de apropiación indebida del accionista que retira los fondos de la sociedad mercantil a la que pertenece, por consejo de su abogado. La resolución mantiene que la situación de duda es incompatible con la de creencia errónea. En el mismo sentido, en un caso de estafa, STS 898/2014, de 22 de diciembre (Julián Sánchez Melgar), expone que “(...) no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa”. También, al respecto del delito de abusos sexuales: STS 336/2009, de 2 de abril (Andrés Martínez Arieta); STS 266/2012, de 3 de abril (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

⁴⁵³ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, pp. 384 y ss. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *El error en derecho penal*, p. 72 ss.

permite solucionar los casos de actos de conciencia o de convicción antijurídicos, de dos maneras distintas. Por un lado, se aplicaría la doctrina del error de prohibición a los supuestos en que el autor cree que su conducta no está prohibida. Se trataría de casos de error sobre la validez de la norma y de error de subsunción. Incluiría aquellos supuestos en los que “el autor conoce la existencia de la prohibición, pero considera que no es válida por infringir una norma de rango superior, ya sea la CE o un mero principio metapositivo”⁴⁵⁴. Por otro lado, también sería de aplicación la teoría del error, cuando el autor conoce igualmente la prohibición legal, pero cree actuar bajo el amparo de una causa de justificación. Se trataría, en este segundo caso, de un error sobre la existencia y límites de una causa de justificación. En este sentido, “el autor creería que su conducta se hallaría amparada por su convicción de que su libertad de conciencia, prevista en el art. 16 CE, legitima su actuación”⁴⁵⁵. Por su parte, NIETO MARTÍN⁴⁵⁶ defiende que el Estado debe admitir menor pena en los casos de error vencible respecto de conductas cuya punibilidad es socialmente polémica, como aquellos que tienen que ver con conflictos de conciencia o de convicción.

Respecto a la tesis de BAUCCELLS I LLADÓS me parece muy interesante la posibilidad de apreciar el error de prohibición en los casos en los que el sujeto entiende que su conducta es ajustada a derecho por cumplir con una ley de rango superior a la de aquella que la tipifica. Vendría a ser como la conducta del soldado que incumple las órdenes del cabo, por cumplir lo ordenado por el capitán. No obstante, el problema de esta interpretación es que no permite descartar el conocimiento respecto de una norma del ordenamiento (la de inferior jerarquía) y, por ello, es difícil sostener en la práctica que no existen dudas sobre la antijuridicidad de la conducta, pese a la creencia de estar actuando en virtud de una norma superior. En relación a la postura de NIETO MARTÍN, entiendo que no podría aplicarse respecto de los supuestos de usurpación de inmuebles, por no tratarse de conflictos de conciencia o de convicción⁴⁵⁷.

Por otra parte, en relación a las ocupaciones llevadas a cabo por razones de necesidad, podría plantearse el error, en primer lugar, con base en el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta⁴⁵⁸. Todo y resultar complejo de argumentar que, en el marco de los sistemas socio-económicos vigentes, alguien desconozca la existencia de la propiedad privada y de los derechos a la misma inherentes, cabría pensar en el

⁴⁵⁴ BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, pp. 384 y ss.

⁴⁵⁵ BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, pp.384 y ss.

⁴⁵⁶ NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, p. 187.

⁴⁵⁷ Véase *supra* II.3. La inexigibilidad, la exclusión de la responsabilidad y categorías afines.

⁴⁵⁸ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, p. 169, expone que la hiperproducción legislativa, los cambios legislativos vertiginosos, la mayor complejidad de las normas penales, la mayor frecuencia de los viajes y de las migraciones (...) tienen como consecuencia la hipertrofia del derecho y favorecen la indiferencia del ciudadano.

ejemplo hipotético de una persona de socialización exótica y baja culturización, que se incorpora súbitamente a nuestro sistema, con un desconocimiento total del mismo⁴⁵⁹. Quizá en este caso, si el mencionado sujeto ocupara una casa ajena, cabría la exculpación de su conducta por desconocimiento de la ilicitud del hecho.

Sin embargo, lo cierto es que nuestra jurisprudencia rechaza la apreciación del error de prohibición por desconocimiento de la ilicitud del hecho en todos los casos. Así, por ejemplo, la SAP Orense 26/2005⁴⁶⁰ expone, a propósito de la usurpación pacífica de inmuebles, en relación a la apreciación de un error de prohibición, que: “(...) se trata de una infracción cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada (...)”.

En segundo lugar, también cabría plantearse el error en relación a la existencia de una causa de justificación. Así, en el caso hipotético de un inmigrante que acaba de obtener la residencia y que decide ocupar una vivienda vacía, creyendo que el hecho de tener residencia en el país justifica su conducta.

No obstante, en el marco de las ocupaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad, entiendo que el error que puede concurrir con mayor frecuencia es aquél que afecta a los límites de la causa de justificación de actuar en estado de necesidad. Por ejemplo, en el caso del sujeto que realiza la usurpación creyendo que una mera situación de paro laboral es un mal suficiente como para que su conducta pueda quedar justificada.

Dado que el error de prohibición afecta a la culpabilidad del sujeto y no a la antijuridicidad de la conducta, entiendo que no plantea tantos problemas desde un punto de vista político-criminal, como las eximentes que recogen causas de justificación. En este sentido, la apreciación de un error de prohibición, respecto a un sujeto que usurpa un inmueble ajeno en la creencia errónea de que le ampara la eximente de estado de necesidad, no implica que en un caso similar vaya a aplicarse también el error. Esto es así, en la medida en que el error se predica del estado interno de un sujeto en concreto y no de las circunstancias que engloban la realización de la conducta. Por ello, de entrada

⁴⁵⁹ Al respecto, NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, pp. 169 y 172, expone que, respecto del sujeto que no se plantea dudas, en relación a la antijuridicidad de su conducta, no podrá afirmarse que ha tomado una decisión responsable contraria a un deber. A lo anterior añade que la esencia de la evitabilidad del error se centra en la capacidad real de conocer el injusto y que para demostrar la concurrencia de la duda como estado psíquico, se ha de estar a un juicio de inferencia. En función del mismo, se habrá de considerar si existen indicios de la preexistencia de una conciencia eventual de la antijuridicidad, poniéndose en el lugar de un sujeto de las mismas características y circunstancias que el que alega el error. En el mismo sentido, OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, pp. 168-169; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 278.

⁴⁶⁰ SAP Orense 26/2005, de 29 de abril (José Arcos Álvarez).

no excluyo que pueda plantearse la concurrencia de error en todos los ejemplos propuestos. Ahora bien, descarto que el error de prohibición pueda servir de forma genérica para eliminar la culpabilidad de los sujetos que usurpan inmuebles. Habrá que estar al caso concreto y decidir si, en ese supuesto de hecho, el autor realmente se hallaba en error.

V. La agravante reincidencia.

Aunque, obviamente, no es una cuestión que se corresponda a la exención o atenuación de la pena, considero que no debe ponerse fin al análisis, desde la perspectiva del derecho sustantivo, de la ocupación pacífica de inmuebles sin efectuar una breve referencia a una circunstancia agravante que cobra especial significación en este ámbito.

En efecto, tanto en el marco de las ocupaciones por necesidad, como en el de aquellas realizadas por motivos ideológicos, es frecuente la reiteración de la conducta. En el primer caso, por repetirse las circunstancias de necesidad y, en el segundo, por continuar en la actitud de protesta. Así las cosas, la reincidencia (art. 22.8 CP) es una agravante de la responsabilidad criminal que suele apreciarse en los casos de usurpación de inmuebles. El artículo 22.8° CP en el que se regula la reincidencia plantea tres cuestiones interesantes respecto al tema objeto de estudio:

1. En primer lugar, llama la atención la modificación introducida por el apartado catorce del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo). Según la misma, no se computarán a los efectos de reincidencia, además de los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, los que correspondan a delitos leves⁴⁶¹. Como ya se ha indicado, existe una interpretación de la nueva regulación, según la cual el delito estudiado tendría la consideración de leve⁴⁶². De acogerse esta postura, debería excluirse la apreciación de reincidencia respecto del acusado por usurpación pacífica de inmuebles, respecto de condenas anteriores por el mismo motivo.
2. En segundo lugar, es importante determinar cuál es la relación que debe existir entre el delito presente y aquél respecto del cual se predica la reincidencia. En este sentido, el art. 20.8° CP establece que debe tratarse de delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal y que sean de la misma naturaleza. Este segundo requisito plantea grandes problemas interpretativos.

⁴⁶¹ En vigor a partir del 1/7/2015.

⁴⁶² Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

Así, un sector de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia mayoritaria⁴⁶³ ha entendido que son de la “misma naturaleza” aquellos delitos que protegen idéntico bien jurídico y que castigan una forma parecida de ataque contra el mismo. Según esta línea interpretativa, no cabría apreciar la reincidencia entre delitos dolosos e imprudentes o entre delitos consumados y actos preparatorios⁴⁶⁴. En sentido contrario se manifiesta otro sector doctrinal⁴⁶⁵, entendiendo que la identidad de naturaleza exigida por la ley, hace referencia a la similitud del tipo o a la identidad del bien jurídico y que es posible aplicar la agravante de reincidencia en los casos apuntados. Otra línea interpretativa⁴⁶⁶ se basa en lo dispuesto por la jurisprudencia elaborada en torno al principio acusatorio, respecto de la homeogeneidad y heterogeneidad de los delitos⁴⁶⁷.

Coincido con la primera línea doctrinal y jurisprudencial apuntada en que, para determinar la similitud de naturaleza entre delitos, ha de existir identidad de bienes jurídicos y semejanza en la modalidad de ataque al bien jurídico protegido y en la gravedad del delito.

Según todo lo dispuesto, para valorar qué delitos se computan a efectos de reincidencia, en el marco del enjuiciamiento de una usurpación pacífica de inmuebles, deberá analizarse si, entre los delitos comprendidos en el título XIII CP (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”), se prevé

⁴⁵⁶ Esta interpretación se basa en lo dispuesto en la Disposición Transitoria 7ª del Código Penal, referida a la agravante de reincidencia. Según esta postura interpretativa, la expresión contenida en la mencionada disposición, “atacar del mismo modo a idéntico bien jurídico”, indica que la modalidad comisiva o conducta desplegada por el agente para dañar o poner en peligro el bien jurídico que la norma penal protege, debe tomarse en consideración para precisar, aún más, la naturaleza del delito. En el marco de la doctrina, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., en EL MISMO (Coord.), *Código Penal de 1995*, p. 386. Por su parte, en el seno de esta interpretación, PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 258, añadió, en su momento, al criterio de la identidad del bien jurídico, el de la semejanza de la gravedad de las penas. Esta interpretación parece haber inspirado la modificación realizada al art. 20.8º CP y comentada en el punto anterior. La mayor parte de la jurisprudencia que se inserta en el marco de esta línea interpretativa acoge también el criterio de la gravedad de la pena. Al respecto de estas posturas véase también SANZ-DÍEZ DE ULZURRÚN LLUCH, M., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 480. Por otra parte, en la jurisprudencia, un amplio sector es partidario de esta interpretación: STS 1024/2002, de 30 mayo (Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); STS 545/2001, de 3 abril (José Ramón Soriano Soriano); SAP Las Palmas 135/2012, de 11 junio (Miguel Ángel Parramon i Bregolat); SAP Vizcaya 377/2007, de 21 junio (Ruth Alonso Cardona).

⁴⁶⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 648, niega la posibilidad de apreciar la identidad de naturaleza entre el grado de ejecución o la forma de ejecución de los correspondientes delitos.

⁴⁶⁵ CUERDA ARNAU, Mª. L./ VIVES ANTÓN, T. S., en COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 903.

⁴⁶⁶ LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, p. 172.

⁴⁶⁷ Al respecto de este debate interpretativo, véase GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, pp. 75 y ss.

alguno dirigido a proteger la posesión civil, a través de la prohibición de un ataque contra ésta cualitativa y cuantitativamente semejante al descrito en el art. 245.2 CP. Tras un examen de los tipos comprendidos en el Título XIII CP, entiendo que únicamente cabría apreciar la reincidencia respecto de los previstos en los arts. 246 y 247 CP. Considero que debe descartarse la posibilidad de apreciar esta circunstancia respecto de los delitos de hurto o de robo, en la medida en que el bien jurídico protegido por estas dos figuras delictivas es la propiedad y no la posesión. Lo mismo ocurre con el resto de delitos previstos en el Título XIII que tratan de la apropiación de cosas muebles, dado que suponen un ataque contra la propiedad y no contra la posesión. Tampoco cabría apreciar la reincidencia respecto al delito de hurto de vehículo, en la medida en que lo protegido por este tipo es la posesión material y no la civil. Por su parte, debe rechazarse también esta posibilidad en relación a la usurpación violenta del art. 245.1 CP, debido a la diferente gravedad del ataque contra el bien jurídico protegido.

En cualquier caso, dado que los tipos previstos en los arts. 246 y 247 CP imponen penas de multa que parten de los tres meses, debería valorarse si se trata de delitos leves respecto a los cuales no cabe la reincidencia.

3. Una tercera cuestión a tener en cuenta es cuando se entiende que los antecedentes quedan cancelados, dado que el art. 22.8º dispone que: “A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.” Tiene sentido valorar lo anterior, para el caso en el que se entienda que los delitos previstos en los arts. 245, 246 y 247 CP son delitos menos graves respecto de los cuales cabe apreciar la reincidencia. Al respecto de la cancelación de los antecedentes penales, el art. 136.1 CP dispone: “Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. En el marco de los delitos descritos en los arts. 245, 246 y 247 CP, pena leve sería la de tres meses de multa. A partir de ahí, cualquier otra pena de multa impuesta sería considerada pena menos grave. Así, cuando a tiempo de la comisión de la usurpación, no hubieran pasado seis meses desde la condena a una pena de tres meses o dos años desde la condena a una pena superior, podrá apreciarse la agravante de reincidencia.

SEGUNDA PARTE: TUTELA DE LA POSESIÓN CIVIL.

En los epígrafes anteriores se ha realizado un análisis detallado del delito de usurpación pacífica de inmuebles. Así, se ha expuesto cuáles son los presupuestos de tipicidad y se ha indicado en qué casos, pese a reputarse típica la conducta, el usurpador podría quedar exento de responsabilidad criminal. A partir de aquí, con objeto de tratar el tema de la usurpación pacífica de inmuebles desde todos sus ángulos, se va enfocar el estudio de la cuestión desde la perspectiva del propietario del inmueble, que ve afectado su derecho posesorio sobre el mismo a causa de la usurpación. En este sentido, en un primer apartado, se recogen los mecanismos de autotutela y heterotutela a los que puede recurrir el titular del derecho lesionado, para recuperar el mismo. No obstante, con carácter previo, debe efectuarse un excursus sobre los efectos que se derivan de la constitución del inmueble usurpado en morada de los usurpadores. Ello es así, en la medida en que tales efectos supondrán una articulación y una valoración diferente de los mecanismos de autotutela y heterotutela mencionados. Finalmente, en un segundo capítulo, se hará especial referencia, al procedimiento penal para el enjuiciamiento de las usurpaciones de inmuebles.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS MECANISMOS DE AUTOTUTELA Y HETEROTUTELA DE LA POSESIÓN CIVIL

I. La constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador.

Anteriormente ya se ha realizado el análisis conceptual de cada una de las conductas que tipifica el precepto objeto de análisis⁴⁶⁸. Se ha visto como la consumación de la primera modalidad de realización típica implica una toma de posesión⁴⁶⁹, sin que sea necesaria la constitución del inmueble en morada de los usurpadores. No obstante, la toma de posesión, en los términos en los que he definido su contenido, implica la ruptura de las barreras creadas por el propietario para excluir a terceros y la disposición de mecanismos de cierre por parte del usurpador. Si estos mecanismos funcionan, y el usurpador usa y disfruta efectivamente el inmueble, desarrollando en el mismo su vida privada, éste se convertirá en su morada. Así, la constitución del inmueble en morada del usurpador no es un requisito de la consumación delictiva, pero en la práctica es una consecuencia lógica de la misma.

Por su parte, la segunda modalidad, en la mayoría de los casos, se desarrolla cuando el inmueble ajeno se ha constituido ya en la morada de los usurpadores, que se instalaron inicialmente, o de nuevos inquilinos que entraron con el consentimiento de los primeros

⁴⁶⁸ Véase *supra* III. Las modalidades típicas.

⁴⁶⁹ Véase *supra* III.1.B. Toma de postura.

y que, en cualquier caso, se mantuvieron en el inmueble una vez constatada la voluntad contraria del propietario⁴⁷⁰. Lo anterior es significativo, en la medida en que la constitución del inmueble como morada supone el despliegue de una serie de consecuencias legales de gran trascendencia que inciden en las posibilidades de acción por parte del legítimo titular del inmueble, en la labor policial y en la tarea instructora por parte del juzgado competente. Dado que ya se ha analizado el contenido del concepto de morada en otra parte de este trabajo⁴⁷¹, en este epígrafe se examina, en primer lugar, cuál es el fundamento de la especial protección de la que goza la morada en nuestro ordenamiento. En este sentido, se realiza una comparación entre los conceptos de morada y de domicilio. En segundo lugar, se concreta cuál debe ser el criterio para determinar en qué momento un inmueble se constituye en morada de los usurpadores. Por último, se refiere cuál es la consecuencia jurídica genérica de lo anterior. Cuando, más adelante, se analicen los diferentes mecanismos de autotutela y de heterotutela a los que puede recurrir el legítimo titular del inmueble, se verá cuál es la repercusión concreta de la constitución del inmueble en morada de los usurpadores, en relación a cada uno de los mecanismos aludidos.

1.1. La relación entre morada y domicilio.

En virtud del art. 202 CP, la entrada y el mantenimiento in consentidos en la morada ajena son constitutivos de un delito de allanamiento de morada. Como consecuencia, ningún tercero, ni siquiera la policía o el propietario del inmueble, pueden entrar en el mismo sin que obre consentimiento de los moradores. No obstante, esta regla tiene ciertos límites. En este sentido, interesa analizar en este epígrafe la relación entre los términos “morada” y “domicilio”, en la medida en que el art. 18.2 CE consagra la inviolabilidad domiciliaria pero establece tres excepciones: 1. La existencia de consentimiento del titular. 2. La concurrencia de orden judicial habilitadora. 3. Que se esté realizando flagrante delito. Si los conceptos de “morada” y “domicilio” son coincidentes deberá entenderse, consecuentemente, que deben aplicarse al tipo de allanamiento de morada, las mismas excepciones transcritas en relación a la inviolabilidad domiciliaria⁴⁷². Por tanto, a continuación se estudia el contenido del concepto de “domicilio”.

El art. 18. CE establece: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de su titular o resolución judicial salvo en caso

⁴⁷⁰ No obstante, cabe que el propietario manifieste su disconformidad con la ocupación cuando ya se ha consumado la primera conducta y aún no se ha constituido la morada.

⁴⁷¹ Véase *supra* II. Características del tipo y objeto material.

⁴⁷² La ausencia de consentimiento por parte del titular de la morada ya queda reflejado expresamente como requisito negativo del tipo de allanamiento de morada.

de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática, para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno uso de sus derechos”.

El precepto referido comienza garantizando la protección del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. A mi entender, a continuación, la totalidad del artículo concreta esta protección, a través de la prohibición de la intromisión en ciertas esferas en las que el individuo ejerce libremente tales derechos. Tal es el caso del “domicilio” respecto del cual la Constitución predica la inviolabilidad⁴⁷³. En este sentido, considero que la Constitución está empleando el término “domicilio” en el mismo sentido en el que con anterioridad se definió “morada”. Esto es, como aquél espacio, separado del mundo exterior, constituido de manera que se evidencia la voluntad de excluir a terceros y que está dedicado al ejercicio de la vida privada. Efectivamente, la violación del “domicilio” así considerado supondría una grave afectación del derecho a la intimidad personal y familiar. Así lo han entendido nuestros tribunales⁴⁷⁴, que definen el domicilio como el espacio en el cual el individuo vive, sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima, de modo que le queda reservado sin admisión de injerencia alguna de terceros.

En función de lo anterior, desde la perspectiva de la Constitución, “morada” y “domicilio” son términos equivalentes⁴⁷⁵. La morada entendida como “cualquier

⁴⁷³ Tal interpretación se confirma con el enunciado de la rúbrica de la Sección 2ª, del Capítulo V, del Título XXI, del Código Penal: “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”.

⁴⁷⁴ STC 209/2007, de 24 de septiembre (Mª Emilia Casas Baamonde): “El domicilio se erige como el ámbito espacial apto para un destino específico: el desarrollo de la vida privada. Es indiferente la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad de uso. Tampoco importa el título o la vía, lícita o no, por la que se haya llegado a la constitución del mismo. ‘De este modo, el concepto de domicilio se equipara al de morada de las personas físicas, reducto último de la intimidad personal y familiar’. El Tribunal añade que es preciso el consentimiento de su titular para justificar la intromisión domiciliar, “(...) no bastando su falta de oposición a la misma, por mucho que en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito”. También en el mismo sentido STC 10/2002, de 17 de enero (Mª Emilia Casas Baamonde). En esta sentencia se hace un análisis de los instrumentos a través de los cuales se articula la protección de la inviolabilidad del domicilio. En este sentido resuelve que existen dos cauces. El primero hace referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contiene una orden dirigida a las autoridades judiciales y policiales, indicándoles cómo actuar en lo referente a la diligencia de entrada y registro y cuáles son los presupuestos y límites de su actuación. El segundo cauce garantista apuntado por el Tribunal atañe al Código Penal, que establece la sanción penal correspondiente a las posibles desviaciones o extralimitaciones. En este sentido, cualquier entrada y registro, “fuera de los casos permitidos por las leyes”, es constitutivo del delito. GARCÍA URETA, A., *El domicilio y su régimen jurídico*, *passim*.

⁴⁷⁵ STC 160/1991, de 18 de julio (Luís López Guerra); SAP Barcelona 1241/1995, de 23 de junio (Mª José Feliu Morell); STS 1273/1997, de 20 de octubre (Carlos Granados Pérez); STC 94/1999, de 31 de mayo (Tomás S. Vives Antón); STS 421/2008, de 20 de mayo (Antonio Salas Cancellor).

espacio en el que se despliegue el ámbito de privacidad de las personas”, con independencia de que tenga carácter habitual permanente o estable o, por el contrario, transitorio, temporal o accidental y con independencia de la manera, lícita o no, en que se haya accedido a la misma, goza de la protección que le brinda la Constitución al domicilio y esta protección se articula a partir de un doble cauce procesal-penal y penal⁴⁷⁶, a través del tipo de allanamiento de morada. Ahora bien, esta salvaguarda de la morada se ve limitada por las excepciones que la Constitución impone a la inviolabilidad domiciliaria⁴⁷⁷. Según esto último, además de excluir la realización del tipo el consentimiento de los moradores, también excepciona su realización la existencia de orden judicial habilitadora y la concurrencia de flagrancia delictiva.

1.2. Circunstancias fácticas en las que el inmueble usurpado se constituye en morada de los usurpadores.

Una vez entendido el contenido del término morada, puede establecerse cuando un inmueble usurpado se constituye como morada de los ocupantes. Entiendo que ello ocurre cuando se ha consumado la primera conducta típica en los términos referidos⁴⁷⁸ y, a continuación, se ha usado efectivamente el inmueble en el desarrollo de la vida privada. Esta interpretación, no obstante, plantea los siguientes problemas: 1. Qué se entiende por vida privada. 2. Cómo saber que se ha ejercido la “vida privada” que, precisamente por el hecho de ser privada, se desarrolla en la intimidad.

Respecto a la expresión “vida privada”, considero que no hace referencia a un sólo acto, sino al conjunto de secuencias que configuran las costumbres, el quehacer diario y el abastecimiento de las necesidades de cada individuo. Esta definición serviría a su vez para aclarar, en cierta medida, la segunda de las incógnitas planteadas. Al respecto, considero que el despliegue de la “vida privada” implica cierta duración, por lo que un medio objetivo claro de su desarrollo es la medición del tiempo de uso y disfrute del inmueble. Así, entiendo que la cuestión debería resolverse en atención a un criterio temporal. No obstante, de nuevo nos hallamos con un problema en los casos en los que se desconoce el momento de la consumación de la conducta y, en consecuencia, también cuál ha sido la duración del uso y disfrute. Creo que en estos casos, debería inferirse razonablemente que se ha constituido el inmueble en morada de los usurpadores, salvo prueba en contrario⁴⁷⁹, cuando se constata que el mismo ya dispone

⁴⁷⁶ STC 10/2002, de 17 de enero (M^a Emilia Casas Baamonde).

⁴⁷⁷ Al respecto de la inviolabilidad del domicilio como bien jurídico dependiente de la intimidad debe señalarse el trabajo de NAVAS SÁNCHEZ, M^a. del M., “Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, pp. 155 y ss.

⁴⁷⁸ Véase *supra* III.1.B. Toma de postura.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, la testifical de los vecinos manifestando lo contrario a lo presumido.

de elementos de exclusión de terceros y se desconoce el momento en el que estos se han dispuesto, es decir, el momento de la consumación de la conducta.

Por otra parte, soy consciente de que no apporto ninguna concreción sobre de cuál debe ser la duración del uso y disfrute posterior a la consumación, para que pueda entenderse consolidada la morada. Al respecto, la policía considera que el plazo ha de ser de 72 horas. Por mi parte entiendo que, en ausencia de una previsión legal sobre la cuestión, deberá estarse a lo que se deriva del sentido común. Con base en el mismo, estimo que, por regla general, en el transcurso de 24 horas toda persona ha desarrollado las necesidades esenciales de su vida íntima⁴⁸⁰. Así, salvo prueba en contrario, considero que cuando han pasado 24 horas desde la toma de posesión del inmueble, deberá presumirse que los usurpadores han desarrollado en el éste los aspectos esenciales de su vida privada⁴⁸¹ y que, por tanto, el inmueble en cuestión se ha constituido en morada de los mismos. Por ello, cualquier intromisión no consentida, supondrá un ataque contra su intimidad, será desvalorado por el derecho y entrará dentro del ámbito de protección del tipo de allanamiento de morada. En todo caso, si existen dudas acerca de si ha transcurrido, o no, el mencionado plazo, deberían resolverse entendiendo que se ha constituido la morada, en aras a salvaguardar la garantía de su inviolabilidad.

⁴⁸⁰ El plazo de 24 horas ha tenido tradicionalmente cierta relevancia a nivel normativo. Así, el art. 30 CC, en su redacción original de 1889, modificado por la reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, establecía el nacimiento a efectos legales a partir de las 24 horas desde la concepción. En el mismo sentido, la Ley de servicios funerarios prevé, aunque está pendiente de modificación, un plazo de 24 horas desde la muerte, antes de enterrar al fallecido. En este sentido parece que tradicionalmente se ha entendido a una persona legalmente viva cuando han transcurrido 24 horas desde su nacimiento, y legalmente muerta, en el plazo de 24 horas desde su fallecimiento. Este plazo aparece también en el Texto del Anteproyecto de la CE, si bien se indicaba como tiempo máximo de la detención preventiva las 72 horas. Se establecía que el detenido debería ser puesto a disposición judicial en las 24 horas siguientes a producirse la detención y el Juez, en el plazo de 72 horas debería dictar la oportuna resolución judicial sobre la situación del detenido. Actualmente, en función de la redacción del art. 17.2 CE dispone el límite máximo de la detención en 72 horas. En la práctica, es una excepción por la que el legislador sólo opta en casos extremos. Así, prevé el plazo máximo de 24 horas en los casos de detenciones por particular (art. 490 LECrim, en relación al art. 496 LECrim) y en el caso de que el detenido sea menor (art. 17.4 de la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor).

⁴⁸¹ En este sentido lo ha entendido la STS 564/1995, de 7 de abril (Joaquín Delgado García): “De acuerdo con tal concepto, la doctrina de esta Sala es muy amplia en orden a la determinación concreta de qué ha de entenderse por morada a estos efectos, siéndolo cualquier espacio cerrado que sirve para que alguien realice sus actividades domésticas (comer, dormir, descansar, etc.) bien sea de modo permanente o accidental, entendiéndose que constituye morada, no sólo el domicilio habitual, sino también los sitios de residencia accidental, la habitación de un hotel o pensión en cuanto al cliente que la ocupa, incluso la tienda de campaña o la caravana o vehículo que durante un viaje o permanentemente es utilizada para albergar a personas, sin que la humildad o modestia del lugar pueda servir de excusa para negar tal condición, como ocurre con las chabolas del extrarradio de las ciudades y sin que haya de tenerse en cuenta la legitimidad o ilegitimidad de la ocupación (...)”. En el mismo sentido, SAP Granada 9/2010, de 15 de enero (Aurora González Niño), en relación a la entrada no consentida en un furgón-vivienda. También SAP Valencia 149/2013, de 14 de febrero (José Manuel Ortega Lorente), al considerar “morada” una caravana que la víctima usaba provisionalmente como lugar donde dormir.

No obstante lo expuesto, lo esencial para determinar que se ha constituido la morada en el inmueble en cuestión es que se hayan desarrollado en el mismo los aspectos esenciales de la vida íntima. En este sentido, el transcurso de 24 horas opera como un indicio importante respecto a esta circunstancia y entiendo que antes de este plazo no puede entenderse constituida la morada. Sin embargo, también cabría el supuesto en el que hubieran pasado 24 horas desde la toma de posesión del inmueble, sin que los usurpadores hubieran desarrollado en el mismo su vida privada. Imaginemos, en este sentido, el caso de un grupo de personas, que deciden usurpar un inmueble con la intención de irlo acondicionando poco a poco para hacerlo habitable y, mientras tanto, desarrollan su vida privada en otro lugar. En este ejemplo, el inmueble no se habría constituido en morada de los usurpadores pese al transcurso de 24 horas desde la toma de posesión. No obstante, como ya se ha indicado, salvo que tal hecho pueda ser demostrado, entiendo que el transcurso del lapso de tiempo indicado debería operar como indicio bastante de que se ha constituido la morada en el inmueble usurpado.

La constitución del inmueble usurpado como morada de los ocupantes comporta la articulación de la protección de los cauces procesal-penal y sustantivo-penal señalados más arriba⁴⁸² y da lugar a que incluso el titular del inmueble quede excluido de la entrada en el mismo, realizando el tipo del allanamiento de morada, en el caso de contravenir dicha prohibición. Del mismo modo queda descartada la introducción en el inmueble por la policía, a no ser que disponga de una orden judicial habilitadora.

II. Mecanismos de autotutela.

En este apartado se van a analizar, desde una perspectiva jurídico-penal, las eventuales reacciones autodefensivas del propietario de un inmueble usurpado frente a la usurpación. En primer lugar, se examinará la posibilidad de justificar las posibles reacciones típicas del mismo respecto a los bienes jurídicos de los usurpadores. En este sentido, se valorará si cabe la apreciación de las eximentes de legítima defensa y de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho. Por otra parte, también se planteará si el propietario del inmueble se halla legitimado para efectuar la detención de los usurpadores, a los efectos de entregarlos a la policía.

II.1. Las exenciones que pueden afectar a la conducta del titular del inmueble.

Pese a la rúbrica que encabeza este epígrafe, es evidente que el titular del inmueble no incurre en ningún ilícito penal por el hecho de que éste le sea usurpado. No obstante, en

⁴⁸² STC 10/2002, de 17 de enero (M^a Emilia Casas Baamonde).

ocasiones, la usurpación puede provocar que éste reaccione contra la misma típicamente. En este sentido, entiendo que las conductas delictivas, que con mayor frecuencia podrían concurrir en estos casos, son: 1. Las coacciones (art. 172 CP); 2. El allanamiento de morada (art. 202 CP); 3. Las lesiones (art. 147 CP); 4. Los daños (art. 263 CP). Respecto al primer caso, imaginemos el supuesto del propietario de un bien inmueble usurpado que obliga a salir del mismo a los usurpadores, ya sea por la fuerza o mediante intimidación. En cuanto al segundo supuesto apuntado, puede plantearse el caso del titular del inmueble ocupado y constituido como morada de los usurpadores, que aprovecha un momento que éstos no están, para sacar todas sus pertenencias a la calle y cambiar la cerradura. Por último, cabe que, en el intento de desalojar por la fuerza a los usurpadores, el propietario del inmueble menoscabe la integridad de éstos o cause daños a sus pertenencias.

En atención todo ello, en este epígrafe interesa considerar si, en los supuestos planteados, la actuación del propietario podría quedar exenta de responsabilidad criminal. Para ello, se va a valorar la posibilidad de apreciación de la eximente de legítima defensa (art. 20.4 CP) y la referente a obrar en el ejercicio de un derecho (20.7 CP).

II.1.A. La legítima defensa.

El art. 20. 4 CP recoge una causa de justificación cuyo fundamento es doble: individual, respecto a la protección de los bienes del agredido y supraindividual, en relación a la tutela del derecho frente a amenazas injustas⁴⁸³. Así, en virtud del mencionado precepto, se exime de responsabilidad criminal al sujeto que: “(...) obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o en éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”

A la vista de la redacción del precepto transcrito, el primer presupuesto de la eximente estudiada es que el sujeto “obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”. Tal sería sin duda el caso del titular de un inmueble usurpado que actúa en defensa de su derecho de posesión sobre el mismo. No obstante, el artículo reseñado impone, junto a

⁴⁸³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, pp. 186-187; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 425-252; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 608. Lo anterior adquiere importancia en el marco de la comparación de los intereses en conflicto y explica que el ordenamiento se incline, por regla general, por los bienes del agredido.

este presupuesto, una serie de requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse la eximente. A continuación se procede al análisis de cada uno de ellos.

II.1.A.a. La concurrencia de una agresión ilegítima.

Respecto a la exigencia de que exista una agresión ilegítima, en principio no supondría ningún problema aceptar su concurrencia respecto de las usurpaciones de inmuebles, en la medida en que las mismas representan la lesión de un bien jurídico protegido penalmente⁴⁸⁴. No obstante, el primer apartado del precepto objeto de análisis establece una concreción respecto a cómo debe ser esta agresión ilegítima para que pueda ser acorde a lo exigido para la aplicación de la eximente de legítima defensa. Así, el mencionado artículo dispone que: “En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes”⁴⁸⁵. Es evidente que la usurpación constituye un delito en virtud del art. 245.2 CP. No obstante, plantea mayores problemas argumentar que la ocupación pacífica de inmuebles pone en grave peligro de deterioro o pérdida el bien afectado y, aún más, que tal pérdida o deterioro sean inminentes.

Entiendo que aquí el *quid* de la cuestión está en resolver, por un lado, si por “bien” el precepto se refiere a un objeto mueble o inmueble, o el término también alude a los derechos sobre éstos (bienes jurídicos) y, por otro, si la concreción referida afecta a las agresiones causadas por las usurpaciones de inmuebles. En relación al primer tema y, en favor de la primera interpretación, puede alegarse que el vocablo “deterioro” no es apto para calificar a derechos, sino a bienes. Por otra parte, en el marco de la misma cuestión y, en defensa de la segunda propuesta interpretativa, debe aludirse al presupuesto de aplicación de la eximente, que refiere que la actuación del sujeto debe estar dirigida a “(...) la defensa de la persona o derechos propios o ajenos (...)”. En este sentido, el “bien” al que se refiere el primer apartado del artículo estudiado podría hacer referencia al derecho objeto de defensa. La cuestión anterior es de gran trascendencia, en la medida en que si entendemos que por “bien” se hace referencia al objeto afectado; es decir, al bien inmueble usurpado, deberemos admitir que la usurpación no lo pone en grave peligro de deterioro o pérdida inminente⁴⁸⁶. Al menos, no de forma genérica, sin perjuicio de que unos usurpadores en concreto puedan causar grandes deterioros a un inmueble determinado. Por otra parte, si consideramos que el término “bien” alude al derecho afectado por la usurpación, sí que podremos admitir que se cumple la concreción del requisito examinado, en la medida que la usurpación lesiona el derecho

⁴⁸⁴ En el mismo sentido, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 611 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 428, expone que: “‘agresión ilegítima’ equivale a agresión antijurídica”.

⁴⁸⁵ A partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la nomenclatura “falta” desaparece.

⁴⁸⁶ En este sentido, existe una gran diferencia entre los bienes muebles y los bienes inmuebles.

de posesión del propietario sobre el inmueble y le despoja del mismo, siendo esta lesión y este despojo inminentes.

No obstante, si examinamos la segunda cuestión planteada, es decir, si la concreción objeto de análisis se refiere a las agresiones provocadas por las usurpaciones de inmuebles, surge una tercera solución que es en mi opinión la más acertada. Así, cabe entender que la concreción mencionada no afecta al objeto de este estudio. En efecto, según el sentido común del lenguaje, la expresión “los ponga en grave peligro de deterioro” no puede predicarse de bienes jurídicos o derechos y, por ello, deberá admitirse que la concreción analizada hace referencia a objetos muebles o inmuebles. No obstante, el obrar del propietario del inmueble usurpado no se dirige a la defensa del mismo, sino a la del derecho posesorio sobre éste. Según lo expuesto, podría entenderse que existe agresión ilegítima sobre un derecho y que la aclaración sobre cómo debe ser la agresión en el caso de ataques sobre bienes no es de aplicación en el caso estudiado⁴⁸⁷. Tampoco lo será la concreción referida a la “morada” que se contempla en el art. 20.4.1º *in fine*, en la medida en que uno de los presupuestos del delito estudiado es precisamente que el inmueble usurpado no constituya una morada⁴⁸⁸.

Una vez determinado el objeto de la agresión, debe examinarse a continuación cuáles deben ser sus atributos, a fin de que pueda justificarse la actuación en legítima defensa.

II.1.A.b. La necesidad racional del medio empleado.

La exigencia de que exista una “necesidad racional del medio empleado”, para impedir o repeler la agresión, debe entenderse de forma abstracta y concreta. Así, debe ser

⁴⁸⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p.428, entiende que la legítima defensa cabe contra los bienes individuales, dado que la letra de la ley “no consiente más límite que el del que se trate de la persona o derechos de alguien”. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 193, excluye la posibilidad de actuar en legítima defensa respecto a la protección de bienes supraindividuales. También, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, pp. 623 y ss. dispone, respecto a los “bienes” objeto de defensa, que lo son todos los bienes jurídicos individuales, sin ser necesario que gocen de protección penal. El autor hace referencia expresa a la posesión.

⁴⁸⁸ Así las cosas, si la agresión no se proyecta sobre bienes no es necesario que constituya infracción penal, para que pueda actuarse contra la misma en legítima defensa. En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 464. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, pp. 194-195, al exponer que: “La concepción moderna de la legítima defensa se orienta hacia una restricción del derecho de defensa de los bienes materiales”. Según lo anterior, al interpretar que lo agredido es el derecho de posesión y no el bien inmueble en sí, cabe plantearse la legítima defensa incluso respecto a la ocupación de una finca en estado de abandono, cuando se cumplan el resto de presupuestos necesarios.

precisa tanto la defensa en sí misma como la modalidad defensiva concreta empleada para articularla⁴⁸⁹.

1. Desde una perspectiva abstracta, la defensa contra la agresión únicamente será necesaria, cuando la agresión sea actual⁴⁹⁰, es decir, cuando exista un peligro inminente para el bien jurídico objeto de defensa, o bien, cuando el mismo esté siendo lesionado en el momento en cuestión o, por último, cuando en el caso de los delitos permanentes, el injusto se haya consumado, pero la situación antijurídica derivada del mismo, aun se mantenga⁴⁹¹.

Si contemplamos este requisito en relación al delito estudiado, observamos que cabrá alegar la existencia de una agresión actual cuando se está ejecutando la toma de posesión del inmueble o incluso cuando se llevan a cabo actos preparatorios que evidencian que se va a realizar la usurpación. También cuando el propietario ha manifestado su voluntad contraria y la ocupación se mantiene. Sin embargo, no cabría legítima defensa una vez se ha consumado la primera

⁴⁸⁹ Al respecto, STS 153/2013, de 6 de marzo (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre): “Se impone en todo caso la fundamental distinción entre la falta de necesidad de la defensa y la ausencia de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio, bien porque la reacción se anticipa o bien porque se prorroga indebidamente y la legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos casos, ni como completa ni incompleta (...). Por el contrario, si lo que falta es la proporcionalidad de los medios, el posible exceso, llamado intensivo o propio, obliga a ponderar como juicio de valor, no solo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas (...), teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y las responsabilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, y a la propia naturaleza humana”. Por su parte, en la doctrina, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 430, distingue entre el exceso extensivo, cuando la actuación defensiva se prolonga más tiempo del que es necesario y, el exceso intensivo, cuando ésta adopta una intensidad lesiva superior a la precisa. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 192; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, p. 84.

⁴⁹⁰ No obstante, respecto a la actualidad de la agresión, STS 454/2014, de 10 de junio (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), precisa que: “En definitiva la agresión ilegítima no es solamente el acto físico de agredir sino la amenaza o la actitud de inminente ataque. Así, constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un rehízo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes”. Así, “no es preciso que el que se defiende aguarde estoica e impassiblemente a que la agresión o el ataque se inicien”. En el mismo sentido, STS 749/2014, de 12 de noviembre (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

⁴⁹¹ Así lo entiende la doctrina mayoritaria. En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 465, apunta que: “Ello exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse la lesión en consumada y agotada”. En el mismo sentido MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 192. También, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 618, expone que: “una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue”; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 468-470; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, p. 119.

conducta típica pero aún no se ha exteriorizado la voluntad contraria del propietario. Esto es así, en la medida en que la situación posterior a la consumación de la primera conducta y anterior a la segunda no es antijurídica y, por ello, no puede considerarse una “agresión ilegítima”. Por consiguiente, dado que la eximente estudiada permite la defensa de “derechos propios o ajenos”, podría plantearse la intervención, en este periodo no antijurídico, de un tercero distinto del propietario. Como ya se ha indicado, la actuación de este sujeto no podría quedar justificada por la eximente de legítima defensa.

2. Por otra parte, en relación a la necesidad concreta del medio empleado⁴⁹², el sujeto que se defiende contra la agresión debe elegir el medio menos dañoso para la esfera de intereses del agresor. No obstante, el mecanismo elegido ha de ser eficaz para eliminar con seguridad la fuente de peligro y, además, debe garantizar que el agredido no corra ningún riesgo respecto de su propiedad e integridad física⁴⁹³. A diferencia de lo que se expuso sobre la eximente de estado de necesidad, aquí no se entra a valorar la relación entre el mal que se causa y el que se trata de evitar ni tampoco se trata de ponderar los bienes jurídicos en conflicto. Ello es así, porque el punto de partida de la concurrencia de la eximente es una situación en la que un sujeto -el agresor- niega el derecho, mientras que otro -el defensor- lo afirma⁴⁹⁴. Lo anterior tiene como consecuencia que el Derecho se incline en favor del segundo y dota de preponderancia, al margen de toda ponderación, al interés del que es agredido injustamente.

No obstante, la jurisprudencia matiza notablemente este planteamiento y expone que la necesidad del medio empleado debe interpretarse desde un criterio de proporcionalidad, en sentido racional y no matemático⁴⁹⁵, atendiendo, “de manera flexible, a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno”⁴⁹⁶. Así, no se trata de “(...) un juicio de proporcionalidad objetiva entre la clase o el tipo de medio utilizado en la agresión y el empleado por el defensor, sino en atención a todas las circunstancias concurrentes, tanto en relación a la agresión como a la situación

⁴⁹² MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 195, al referirse a la “racionalidad de la defensa”; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 467-470; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 628-635; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 472-476; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte general*, p. 119.

⁴⁹³ En este sentido, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 628 y ss.

⁴⁹⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 431. En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, pp. 186-187, al referirse al fundamento de la legítima defensa.

⁴⁹⁵ Tal como expone MOLINA FERNÁNDEZ, F. en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 196, esta interpretación jurisprudencial conduce a admitir que la defensa deba ser proporcionada, pero los medios puedan no serlo.

⁴⁹⁶ STS 153/2013, de 6 de marzo (Juan Ramon Berdugo y Gomez de la Torre).

del que defiende y a la forma en que lo hace, todo ello bajo la perspectiva de lo que, en el caso, podría considerarse una reacción eficaz”⁴⁹⁷. En efecto, “(...) la necesidad racional del medio empleado, para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos. Este juicio de valor obliga a tomar en cuenta, no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos, en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad de éste, sino el comportamiento adoptado con el empleo del mismo, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas, en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva *ex ante*”⁴⁹⁸.

Para analizar todo lo expuesto sobre “la necesidad del medio empleado” en relación al delito objeto de estudio, a continuación se examinarán tres momentos en el marco de la usurpación de inmuebles.

1. En el momento anterior a la consumación de la conducta y, con el objeto de evitar la misma, entiendo que podrían quedar justificadas ciertas conductas típicas por parte del propietario, con base en la eximente de actuar en legítima defensa. En estas circunstancias, no cabe duda de que se estaría produciendo una agresión actual contra la posesión del propietario respecto del bien inmueble en cuestión. No obstante, a la hora de valorar la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados, deben tenerse en cuenta dos cuestiones: A. La posible degradación del delito estudiado a la consideración de “leve”⁴⁹⁹. B. El hecho de que existe la posibilidad de acudir a la intervención policial como medio efectivo y menos lesivo de paralizar la progresión delictiva⁵⁰⁰. Teniendo en cuenta estos dos factores, entiendo que únicamente podrían admitirse reacciones

⁴⁹⁷ STS 749/2014, de 12 de noviembre (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

⁴⁹⁸ STS 152/2011, de 4 de marzo (Julián Sánchez Melgar).

⁴⁹⁹ Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁰⁰ Ésta es generalmente rápida y, en el caso de no lograr llegar para evitar la consumación delictiva, cuanto menos podrá echar a los ocupantes no consentidos sin necesidad de orden judicial, por no haberse constituido aún la morada de los usurpadores en el inmueble en cuestión.

típicas en legítima defensa que no revistieran gravedad⁵⁰¹. Así, unas coacciones leves (art. 172.3 CP) dirigidas a obligar o persuadir a los usurpadores a abandonar el inmueble o un delito de lesiones leves (art. 147.2 CP) y maltrato de obra (art. 147.3). Debe tenerse en cuenta, que la entrada en el inmueble por parte del propietario no sería típica por no haberse constituido el inmueble en morada de los usurpadores.

2. Una vez se ha consumado la primera y la segunda conducta, sin que se haya constituido el inmueble en morada de los usurpadores. Esto ocurre cuando, poco después de haberse consumado la primera conducta, el propietario del inmueble aparece y manifiesta su disconformidad con la ocupación. Considero que en estas circunstancias sería posible acudir a la legítima defensa, pero a través de actos típicos de poca gravedad, en atención a los factores antes enunciados.
3. Por último, cuando el inmueble se ha constituido ya en morada de los usurpadores, el propietario podría incurrir también en los delitos y faltas apuntados en el párrafo precedente. Ahora bien, además, la entrada en el inmueble de su propiedad, sin el consentimiento de los moradores, sería constitutivo de un delito de allanamiento de morada⁵⁰². Para decidir si cabe justificar estos posibles delitos cometidos por el propietario del inmueble usurpado, con base en la eximente de legítima defensa debería considerarse, en cada caso, si la conducta delictiva en cuestión es el medio efectivo menos gravoso para impedir la continuidad de la situación antijurídica que sigue a la consumación de la segunda conducta típica. La cuestión es compleja porque, como ya se ha indicado, no se trata de ponderar los bienes jurídicos, ni los males en conflicto, la valoración debe partir de un juicio de proporcionalidad en el marco del cual deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso en concreto. Así, en mi opinión, la regla genérica debería ser que no cabe legítima defensa en estos casos, porque la violación del domicilio sería absolutamente desproporcionada como medio legítimo de defensa de la posesión y porque existen mecanismos judiciales que permiten paralizar con efectividad la situación antijurídica, de la forma menos gravosa para los bienes jurídicos de los usurpadores⁵⁰³. No obstante, no descarto que en algún supuesto una concreta

⁵⁰¹ Para lo cual, tal y como expone la jurisprudencia, debería estarse atento al caso concreto en aras a determinar las circunstancias objetivas del hecho y las subjetivas del agredido.

⁵⁰² Debe recordarse aquí lo expuesto acerca de la morada, de su equivalencia con el término “domicilio” y de la consecuente protección que le brinda la Constitución.

⁵⁰³ En este sentido, AAP Barcelona, de 8 de abril de 2002 (Albert Pons Vives) decide incoar el procedimiento del Tribunal del Jurado por presunto delito de allanamiento de morada, en el caso del propietario de un inmueble que fractura una puerta para acceder al interior del mismo donde habita una pareja contra su voluntad. En este procedimiento, no obstante, la parte acusada no alega haber actuado en legítima defensa, sino que no concurre el elemento subjetivo específico del conocimiento de la voluntad contraria de su morador.

actuación del propietario del inmueble pudiere quedar justificada. En cualquier caso, no se ha hallado en ninguna base de datos sentencia alguna en la que se haya alegado la eximente de legítima defensa en relación a una conducta delictiva ejecutada por el propietario de un inmueble usurpado, contra los usurpadores del mismo.

II.1.B. El ejercicio de un derecho

La eximente de actuar en el ejercicio de un derecho responde a una estructura semejante a la de la legítima defensa -se lesiona un bien jurídico protegido, para defender un derecho subjetivo-. La diferencia radica en que la eximente de actuar en legítima defensa tiene como presupuesto la existencia de una agresión ilegítima. Es precisamente esta circunstancia la que hace, como ya se ha visto, que la aplicación de esta eximente no requiera de una ponderación entre males o entre bienes y que el juicio de proporcionalidad no sea estricto, sino que contemple aspectos específicos del caso concreto. Por el contrario, el ámbito de aplicación de la eximente de actuar en el marco del ejercicio de un derecho es mucho más restringido. En este epígrafe, se entra a valorar si es posible justificar, con base en la eximente reseñada, la conducta del propietario de un inmueble usurpado que realiza un hecho típico contra algún bien jurídico de los usurpadores. Para ello, en primer lugar se examina qué presupuestos deben concurrir para que pueda apreciarse la eximente objeto de análisis.

Así, la eximente del art. 20.7 CP impone para su aplicación que se trate de un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. En este sentido, debe existir un título jurídicamente correcto que lo ampare. Tal será el caso del propietario que ve usurpado su derecho de posesión. Pero además, este “ejercicio” debe ser “legítimo”. Al hablar de “ejercicio legítimo” el legislador precisa que no basta con la mera titularidad sobre el derecho, sino que se observen las condiciones que el ordenamiento impone a tal ejercicio. En este sentido, lo que debe valorarse aquí es si el ejercicio del derecho de posesión incluye actos efectivos de autotutela. Entiendo que la posibilidad anterior debe ser rechazada en todos los casos⁵⁰⁴ y que la realización de actos típicos con base en el ejercicio del derecho de posesión supondría una realización arbitraria del propio derecho, tipificado en el art. 455 CP.

⁵⁰⁴ Cuando se estudió la posibilidad de justificar la actuación típica del delincuente por convicción, con base en la eximente del art. 20.7 CP, se expuso como varios autores admitían esta posibilidad pero bajo ciertos condicionamientos, basados en la ponderación de los bienes en conflicto y en el uso del medio menos lesivo. También se refirió que, por su parte, el Tribunal Constitucional impone como límites al ejercicio del mencionado derecho los derivados de los derechos constitucionales ajenos y de otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. También se manifestó que aquí se acoge la postura de LUZÓN PEÑA, en el sentido de aceptar únicamente la posibilidad de justificar la vulneración de normas que imponen deberes y solo cuando se afecta con ello a intereses supraindividuales.

II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva.

En el epígrafe anterior se ha contemplado la posibilidad de que el propietario de un inmueble usurpado reaccione típicamente contra bienes jurídicos de los usurpadores y, se ha valorado la posibilidad de justificar tales conductas, con base en las eximentes de legítima defensa y de obrar en el ejercicio de un derecho. En el presente epígrafe se va a analizar si, en virtud de lo dispuesto en el art. 490 LECrim, el propietario de un inmueble usurpado está autorizado a detener a los usurpadores del mismo, a los efectos de entregarlos a la policía.

El art. 490 LECrim autoriza a “cualquier persona” a detener a otra, en los casos de delito flagrante (art. 490 1º y 2º LECrim) o de fuga o rebeldía del procesado, detenido, preso o condenado (art. 490 3º,4º,5º,6º y 7º LECrim). Se trata de una facultad de los particulares en orden a colaborar con la administración de justicia en la aprehensión de quien ha sido sorprendido en la realización de un hecho punible. Es pues un acto material transitorio de privación de la libertad, que no supone propiamente encarcelamiento, y que obliga al ejecutante a poner inmediatamente al aprehendido a disposición de la autoridad policial⁵⁰⁵. Puede ser llevado a cabo por la propia víctima⁵⁰⁶, o por un testigo de los hechos⁵⁰⁷.

No obstante, esta potestad únicamente puede ser ejercida en el marco de los casos previstos por el art. 490 LECrim y solo puede durar el tiempo estrictamente necesario para poner a disposición de la policía más cercana a los presuntos autores del delito, así como todos los objetos que se constituyan en evidencia del crimen cometido o intentado.

El art. 17.2 CE y el art. 520 LECrim establecen un plazo máximo de 72 horas para llevar a cabo tal medida. Si bien, seguramente en el caso del particular juegue el límite de 24 horas del art. 496 LECrim⁵⁰⁸. La justificación de lo anterior se halla en el hecho de que el particular no tiene facultades de investigación o de identificación que le permitan prolongar la privación de la libertad más allá del tiempo razonable y necesario para la entrega del detenido a la dependencia policial más cercana o al policía que se

⁵⁰⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 323 y ss.; BLANCO CORDERO, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, pp. 643 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Algunas consideraciones en torno al delito de detenciones ilegales”, pp. 85 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, R., “La delimitación de las detenciones ilegales y las coacciones ¿Una tarea condenada al fracaso?”, pp. 309 y ss.; MONER MUÑOZ, E., “Las detenciones ilegales”, pp. 7937-7948.

⁵⁰⁶ En el caso de la ocupación, el titular del bien usurpado.

⁵⁰⁷ Por ejemplo, un vecino, e inclusive por funcionarios de policía fuera de servicio.

⁵⁰⁸ Se trata de un plazo máximo. El criterio es que la detención ha de durar el tiempo estrictamente necesario para poner al presunto delincuente en disposición de la policía.

encuentre por el lugar. De no hacerlo, la detención se tornaría ilegal⁵⁰⁹. De esta forma, la procedencia del arresto ciudadano está condicionada a dos presupuestos: 1.- Que el delito sea flagrante. 2.- Que en el caso en concreto la policía no esté en posibilidad de aprehender al agente delictivo. Esto último tiene sentido en atención a la justificación de la detención por un particular, que es la de poner al aprehendido a disposición de la policía⁵¹⁰. Por otra parte, el particular en ningún caso está facultado para realizar un uso excesivo de la fuerza natural⁵¹¹. Esta potestad ciudadana debe llevarse a cabo de forma racional y ponderada, utilizando el grado de fuerza estrictamente necesario para conducir al agente a la jefatura policial competente.

No parece que exista ningún ejemplo jurisprudencial que muestre el caso de una detención por particular en un supuesto de usurpación pacífica de inmuebles. No obstante, se han podido examinar varias sentencias⁵¹² en las que se plantean casos en las que se dan estas detenciones, en relación a otros tipos delictivos. En estos supuestos, el tribunal entra siempre a valorar si la detención era o no justificada con base en lo dispuesto en el art. 490 LECrim. Se observa en todos ellos una interpretación muy restrictiva de los supuestos en que el art. 490 LECrim habilita a los particulares a realizar la detención y se expone claramente que la finalidad de la medida reseñada ha de ser la entrega inmediata del autor de la conducta delictiva a las autoridades policiales o judiciales.

Como ya se ha expuesto, el art. 490 LECrim únicamente autoriza la detención por particular en los casos de delito flagrante y de fuga o rebeldía del procesado, detenido,

⁵⁰⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 323 y ss.; BLANCO CORDERO, I., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, pp. 643 y ss.

⁵¹⁰ Según lo anterior, si cabe la actuación directa de la policía con los mismos efectos que la del particular, no quedará justificada la de éste.

⁵¹¹ A este respecto es interesante la obra de GALVEZ VILLEGAS, T. A., *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, aplicativos y críticos*, p. 530, aunque se refiere al Código Procesal Penal peruano.

⁵¹² STS 1500/2003, de 14 de noviembre (Joaquín Delgado García) condena por el delito de detenciones ilegales y falta de lesiones a tres sujetos que privan de libertad a varias personas de nacionalidad camerunense para vengarse de un engaño que les había causado otro individuo de la misma raza que las víctimas. AAN 65/2001, de 26 de julio (Francisco García Pérez), justifica la detención por parte de un individuo por parte de policía británica, para ponerlo a disposición de los agentes españoles. La Audiencia entiende que la policía británica sería equiparable al particular, a los efectos de aplicar el art. 490 LECrim. SAP Vizcaya 32/2007, de 7 de mayo (Ruth Alonso Cardona), castiga por el delito de detención ilegal a dos agentes de seguridad del metro que detienen y lesionan a un menor por un incidente acaecido la semana anterior. SAP Granada 248/2006, de 28 de abril (Mª Aurora González Niño), aprecia la legitimidad de la detención practicada por los porteros de una discoteca a un sujeto que ha sido visto metiendo la mano en el bolso de una clienta. SAP Tarragona 3/2002, de 14 de enero (Eduardo López Causape), justifica la detención, llevada a cabo por unos particulares, de una menor que se hallaba forzando un vehículo. SAP Cádiz 187/1998, de 21 de septiembre (Fernando Tesón Martín), absuelve del delito de detenciones ilegales a vigilantes de discoteca que aprehenden a dos personas por sospechar que se dedican al tráfico de drogas en el interior del establecimiento.

preso o condenado. En relación a lo que aquí se trata, sólo interesa la detención por particular en los casos de delito flagrante⁵¹³. Así, pues, corresponde valorar si la usurpación de inmuebles puede realizarse de forma flagrante, según lo dispuesto en el art. 490 LECrim, de manera que pudiera justificarse la detención del autor de los hechos por un particular. De no concurrir el elemento de la flagrancia, el particular no puede detener. En este sentido, se hace necesario entrar a definir el concepto de flagrancia delictiva.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal refiere el concepto de flagrancia en su art. 795.1.1º. Así, el mencionado precepto expone que “se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de cometer el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

Por su parte, nuestra jurisprudencia mayoritaria, tanto del Tribunal Supremo⁵¹⁴ como del Tribunal Constitucional⁵¹⁵, ha abordado la definición del concepto de “delito flagrante” a través de la determinación de los elementos que lo caracterizan, en base a la definición legal del art. 795.1.1ª LECrim. Así, se entiende que el mismo está caracterizado por las siguientes notas:

1. Inmediatez de la acción, es decir, que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes. Lo anterior implica actualidad en la comisión del delito. En la terminología acuñada por la jurisprudencia se dará inmediatez temporal no sólo cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, sino también se considera cumplido este requisito cuando el delincuente es

⁵¹³ Aunque el primer inciso del art. 490 LECrim se refiere “al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo” y, el segundo, “al delincuente *in fraganti*”, ambos supuestos pueden reconducirse a la categoría del “delito flagrante”. En este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 323.

⁵¹⁴ STS 181/2007, de 7 de marzo (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); STS 1451/2003, de 26 de noviembre (Candido Conde-Pumpido Tourón); STS 111/2010, de 23 de diciembre (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); STS 181/2007, de 7 de mayo (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); STS 947/2006, de 26 de septiembre (Joaquín Jiménez García); STS 879/2006, de 20 de septiembre (Perfecto Andrés Ibáñez); STS 1067/2005, de 26 de septiembre (Gregorio García Arcos).

⁵¹⁵ STC 94/1996, de 28 de mayo (Vicente Gimeno Sendra); STC 387/1993, de 23 de diciembre (Fernando García Mon y González Regueral); STC 341/1993, de 18 de noviembre, (Fernando García Mon y González Regueral); STC 113/1992, de 14 de septiembre (Fernando García Mon y González Regueral).

sorprendido en el momento de ir a cometer el delito o en un momento inmediatamente posterior a su comisión.

2. Inmediatez personal, es decir, presencia del delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, esto es, evidencia del delito y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en él. Esta evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho: su situación o relación con aspectos del delito que proclamen su directa participación en la acción delictiva. También se admite la evidencia que resulta no de la percepción directa o inmediata, sino a través de apreciaciones de otras personas. Tal sería el caso de la advertencia a la policía por parte de algún vecino. En todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio que permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación en él de un sujeto determinado es prácticamente instantáneo. Si fuera preciso interponer un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente, no podría considerarse que se trata de un supuesto de flagrancia.
3. Necesidad urgente de la intervención: a) Para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea. b) Para imponer la detención del delincuente, y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial. Se incluyen los supuestos de persecución en los que el perseguido no se ponga fuera del inmediato alcance de sus perseguidores. Como se apuntó también respecto a la legítima defensa, entiendo que esta necesidad debe entenderse, desde una perspectiva abstracta, como una urgencia en la intervención y, desde el plano de lo concreto, en atención al principio de subsidiariedad o de menor lesividad. Según esto último, únicamente cabrá la detención por particular cuando en el caso concreto la policía no pueda aprehender al agente delictivo con la misma efectividad que éste.

Nuestra doctrina mayoritaria ha elaborado un concepto de flagrancia basado en el modelo jurisprudencial referido. Así, para que un delito pueda calificarse de flagrante, debe concurrir, por una parte, una evidencia sensorial, no bastando la mera presunción. Así, el conocimiento de la perpetración del delito debe adquirirse a través de una percepción directa y personal que permita determinar con toda certeza la realización del hecho típico⁵¹⁶. Por lo demás, los requisitos exigidos por la doctrina, para que se dé la flagrancia delictiva, son los expuestos más arriba⁵¹⁷.

⁵¹⁶ MARTÍN MORALES, R., “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)”, pp. 375-388. Este autor no se refiere al tercer elemento exigido por la jurisprudencia, para que se dé la nota de flagrancia.

⁵¹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, C. E., *Derecho Procesal Penal*, p. 807; MEINI, I., *Procedimiento y requisitos de la detención*, p. 294.

Por mi parte, considero que el tercer requisito exigido por nuestra jurisprudencia para configurar el concepto de flagrancia podría calificarse de impropio. A mi entender, no es un atributo definitorio del concepto de flagrancia delictiva, sino que es un elemento añadido a tener en cuenta a la hora de valorar si, de la ponderación de intereses en juego, resulta proporcionado y necesario privar de la libertad a una persona⁵¹⁸. Así, entiendo que en el caso aquí tratado, el requisito de que exista una urgencia de la actuación no es un atributo del concepto de flagrancia, sino una exigencia añadida para que sea legítima la afectación de la libertad deambulatoria que implica la detención.

Una vez determinado lo anterior, procede establecer si cabe o no la comisión flagrante del delito estudiado. Así, respecto de la primera conducta típica⁵¹⁹ y, en relación al primero de los elementos caracterizadores de la figura de la flagrancia, según la doctrina de nuestros tribunales, efectivamente, la ocupación de un inmueble ajeno sin el consentimiento de su propietario implica una acción que en la mayoría de los casos revestirá la nota de “inmediatez temporal”. Como han indicado jurisprudencia y doctrina, los actos preparatorios, en este caso la ruptura de la cerradura de entrada o el escalamiento, se incorporan en el concepto de flagrancia⁵²⁰. Por otra parte, también se cumpliría el segundo de los requisitos apuntados por la jurisprudencia, en referencia a la figura reseñada, dado que el autor de la ocupación generalmente será sorprendido en el marco de la misma.

Finalmente queda por valorar si se da o no el requisito de la necesidad urgente de la intervención. Este último elemento plantea más problemas en los casos de detenciones llevadas a cabo por particulares, en atención al principio de subsidiariedad. En efecto, dada la rapidez de la acción policial, la falta de riesgo de fuga del delincuente y la imposibilidad de destrucción de las evidencias del delito, en la mayoría de los casos lo adecuado será llamar a la policía. No obstante, frente a las anteriores consideraciones, se opone la necesidad de evitar la progresión delictiva en la fase anterior a la consumación de la primera conducta típica y la de impedir la constitución del inmueble en morada de los usurpadores cuando ya se ha consumado la segunda conducta, pero aún no se ha consolidado la morada.

Así, en el momento anterior a la ocupación, entiendo que lo adecuado sería avisar a la policía a la par que se realiza la detención de los autores, para evitar la consumación y garantizar la pronta disposición del aprehendido ante la autoridad policial. Una vez consumada la primera conducta, si el propietario manifiesta su disconformidad con la

⁵¹⁸ Lo anterior también es aplicable al tema de la inviolabilidad domiciliar que se trata más adelante en *infra* III.1.B. Consecuencias jurídicas de la constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador.

⁵¹⁹ Se excluye en este epígrafe el tratamiento de la segunda conducta típica, dado que ésta presupone que se ha constituido la morada.

⁵²⁰ MEINI, I., *Procedimiento y requisitos de la detención*, p. 294.

usurpación y se continúa en la misma se realizará la segunda modalidad típica. Si aún no se ha constituido la morada, entiendo que cabría la detención por particular, en aras a impedir la consolidación de la misma o la presunción de tal circunstancia.

Una vez constituido el inmueble en morada de los usurpadores, debe excluirse la posibilidad de detención por particular, por faltar el requisito de la urgencia en la intervención y por no resultar una medida proporcionada a la luz de los bienes jurídicos en juego: Posesión civil *versus* libertad deambulatoria e inviolabilidad de la morada.

No obstante, lo cierto es que, como ya se ha expuesto, la LO 1/2015 ha modificado la clasificación de los delitos y según la interpretación que se haga de la misma, el art. 245.2 CP describiría un delito leve⁵²¹. Si se acoge la postura anterior, no cabría la posibilidad de detención en ningún supuesto, en atención a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LO 1/2015 que establece: “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”. Dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 490) faculta al particular para detener “al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo” y “al delincuente *infraganti*”. Así, el mencionado precepto excluía la posibilidad de realizar detenciones con motivo de impedir la realización de faltas⁵²².

Ciertamente, podrían plantearse supuestos de error. En este sentido, por ejemplo, el particular en cuestión podría pensar que ante cualquier tipo de acción delictiva, y sean cuales sean las circunstancias, toda persona puede practicar una detención. Si fuera éste el caso, el sujeto que efectúa la detención actuaría en error de prohibición.

II.3. Conclusión.

En función de lo expuesto en los apartados precedentes, se llega a la conclusión de que cabrá la autotutela de la posesión, con base en la eximente de legítima defensa, cuando se esté realizando la primera conducta típica o tras la consumación de la segunda, pero, únicamente, en los casos en los que el inmueble no se haya constituido en morada de los

⁵²¹ Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁵²² Véase, por todos, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 323, que expone que los siete supuestos del art. 490 LECrim “son reconducibles a dos: a) en caso de “delito flagrante” (art. 490.1º y 2º) y b) en los casos de fuga o rebeldía del detenido, preso o condenado (art. 490.3º-7º)”.

usurpadores y cuando el medio de defensa sea proporcionado a la menor gravedad o a la levedad del delito estudiado.

Por otra parte, si se considera que la usurpación de inmuebles es un delito de los denominados “menos grave”, cabrá la detención por particular en relación a la primera conducta, cuando se esté realizando ésta o cuando se acabe de consumir. Respecto de la segunda, cuando no se haya consolidado la morada en el inmueble en cuestión. No obstante, deberá valorarse en estos casos, en atención al principio de subsidiariedad, si existe una urgencia real en el sentido de que esperar la intervención policial pudiera comportar la consumación de primera conducta típica o la consolidación de la morada. Finalmente, si se acoge la interpretación que configura el delito estudiado como leve, no cabrá la detención en ningún supuesto.

Una vez examinados los mecanismos de autotutela, frente a las usurpaciones de inmuebles, en el epígrafe siguiente se entra a analizar de qué medios de heterotutela dispone el propietario de un inmueble usurpado, para hacer frente a la desposesión y se valora su operatividad y legitimidad.

III. La Heterotutela del derecho de posesión.

En los apartados anteriores se ha valorado la posibilidad de que el propietario de un inmueble usurpado pueda ejercer legítimamente la autotutela de su derecho de posesión sobre el inmueble en cuestión. En los epígrafes siguientes se analiza cuáles son los mecanismos de heterotutela de los que dispone el propietario de un inmueble usurpado. Éstos son de dos tipos: policial y judicial.

III.1. La intervención policial.

Como ya se ha indicado con anterioridad, la consumación de la primera conducta típica no supone aún que el inmueble se haya constituido en morada de los usurpadores⁵²³. Por su parte, la segunda modalidad típica tiene como presupuesto, en la mayoría de los casos, que el inmueble ya es morada de éstos.

Dadas las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitución del inmueble usurpado en morada de los usurpadores, para referirse a la legitimidad y los límites de la intervención policial en la resolución de los conflictos generados por las usurpaciones de inmuebles, se hará una distinción entre los supuestos en los que el inmueble aún no

⁵²³ Efectivamente, si los usurpadores toman posesión del inmueble y hay suficientes indicios de que aún no han pasado 24 horas desde la usurpación, no se entenderá constituida la morada.

se ha constituido en morada del usurpadores⁵²⁴, frente a los casos en que además de tomar posesión, el usurpador ha hecho del inmueble ajeno su morada⁵²⁵.

III.1.A. Antes de la constitución de la morada.

III.1.A.a. Toma de postura.

Anteriormente se ha defendido que para que se constituya el inmueble ajeno en morada de los usurpadores se requiere, además de la consumación de la primera conducta típica, que éstos desarrollen en el mismo los aspectos esenciales de su vida privada. También se ha indicado que, por regla general, se entenderá que se da esta circunstancia cuando hayan transcurrido 24 horas desde la toma de posesión. Asimismo se ha establecido que una vez el inmueble ajeno se constituye en morada de los usurpadores queda constitucional y penalmente prohibida la entrada, a no ser que concurra consentimiento por parte de los moradores, exista orden judicial habilitadora o se esté cometiendo delito flagrante. *A sensu contrario*, cuando el inmueble usurpado aún no ha adquirido la condición de morada, el propietario del inmueble y la policía podrán acceder al interior del mismo, sin que la entrada en sí misma suponga incurrir en ningún ilícito penal.

En los casos en los que la toma de posesión aún no se hubiere consumado, entiendo que la labor policial debería consistir en paralizar la ejecución de la misma y verificar si se da el requisito negativo del tipo referente a la ausencia de consentimiento del propietario del inmueble. Considero que el forzamiento o rotura de la cerradura, el descubrimiento de herramientas aptas para tal fin o el hecho de que los presuntos usurpadores lleven una cerradura, son indicios suficientes a los efectos de presumir la ausencia de consentimiento del titular. En estos casos, la policía debería proceder la clausura del inmueble, la identificación y la detención⁵²⁶ de los presuntos usurpadores a los efectos de incoar un atestado y, posteriormente, debería averiguar los datos del propietario del inmueble a fin de citarle para informarle de los hechos y para declarar. No obstante, la posibilidad de detención debe entenderse con reservas desde la promulgación de la LO 1/2015. En efecto, si se acepta la interpretación de que la misma ha degradado el tipo estudiado a la categoría de delito leve, no será legítima la detención en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la misma Ley.

⁵²⁴ Según el criterio apuntado en el epígrafe anterior, antes del transcurso de 24 horas.

⁵²⁵ Según el criterio apuntado en el epígrafe anterior, después del transcurso de 24 horas.

⁵²⁶ En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 490 LECrim, en relación al 492 LECrim. Este tema se trata en más profundidad *infra* II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva y III.1.B.a. La actuación policial.

Por otra parte, cuando la toma de posesión ya se ha consumado, pero existe certeza de que el inmueble aún no se ha constituido en morada de los usurpadores⁵²⁷, la policía deberá verificar que no existe consentimiento por parte de su titular y, en caso de ausencia del mismo, proceder al desalojo del inmueble en cuestión, la detención⁵²⁸ y la identificación de los ocupantes, para impedir la consolidación del inmueble en morada de los usurpadores y la consiguiente proyección delictiva. Nuevamente entiendo aquí que la comprobación de la falta de consentimiento puede hacerse a través de la constatación de la existencia de indicios de forzamiento de los medios de exclusión de terceros, dispuestos por el propietario del inmueble, sin que sea necesario en esta fase la localización del mismo para asegurar tal circunstancia⁵²⁹.

No obstante, tanto en los supuestos de tentativa, como en los de toma de posesión sin constitución del inmueble como morada, considero que en el caso de no existir previas barreras de exclusión de terceros dispuestas por el propietario del inmueble o cuando no existe certeza absoluta de que la entrada se ha efectuado sin el consentimiento del mismo, la actuación policial deberá encaminarse, en primer lugar, a la averiguación de la identidad del titular del inmueble. Ello a los efectos de establecer comunicación con el mismo y de determinar si se da el requisito negativo del tipo de la ausencia de consentimiento del titular del inmueble respecto de la ocupación.

En cualquier caso, no puede cerrarse este epígrafe sin hacer referencia a cuál es la efectiva actividad policial en estos casos⁵³⁰. En los supuestos en los que los autores del tipo son sorprendidos en el momento en el que acaban de tomar posesión del inmueble ajeno y también cuando están tratando de llevar a cabo la acción descrita, la policía suele proceder inmediatamente a su identificación y detención⁵³¹ y a la clausura del

⁵²⁷ Puede concurrir, por ejemplo, la declaración de algún testigo que declare que el acto de ocupación del inmueble ha sido reciente.

⁵²⁸ Nuevamente debe precisarse aquí que, de considerarse el delito estudiado como leve, quedaría descartada la posibilidad de detención.

⁵²⁹ Entiendo que lo anterior ha de ser así, a los efectos de evitar que la posible dilación en la averiguación y localización del propietario tenga como consecuencia la constitución del inmueble en morada de los usurpadores.

⁵³⁰ La información que se aporta a continuación, ha sido facilitada por dos agentes del cuerpo de los *Mossos de Esquadra de la Comissaria de Les Corts*, de Barcelona. Los mismos no han facilitado su identificación para que pueda ser introducida en este estudio, pero han respondido a cuantas preguntas les han sido formuladas en cuanto a la acción policial en los casos de usurpaciones pacíficas. Según estos agentes no existe un verdadero protocolo policial en los casos aludidos, pero sí un conjunto de medidas que se siguen invariablemente.

⁵³¹ En atención a lo dispuesto en el art. 490 LECrim, en relación al art. 492 LECrim. Este tema se tratará en mayor profundidad en la segunda parte de este trabajo *infra* II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva y III.1.B.a. La actuación policial. Nuevamente debe reiterarse aquí, que si entendemos que el delito estudiado tiene la consideración de leve con base a la última reforma del Código Penal, no cabrá la detención.

inmueble⁵³². La detención puede durar un máximo de setenta y dos horas en los calabozos de la comisaría que corresponda⁵³³. En el transcurso de este tiempo, podrán prestar declaración ante la policía, o abstenerse de hacerlo, declarando únicamente ante la autoridad judicial. Después de lo anterior el autor será puesto en libertad. Nuevamente debe reiterarse aquí, que si se interpreta que la LO 1/2015 ha degradado el delito estudiado a la categoría de leve, no sería posible la detención en ningún caso, en atención a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la mencionada Ley.

III.1.B. Consecuencias jurídicas de la constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador.

III.1.B.a. La actuación policial.

Como ya se ha indicado con anterioridad, la constitución del inmueble usurpado en morada del usurpador da lugar a la configuración de una serie de derechos que amparan a los moradores contra las entradas no consentidas. Es por ello que, en estos casos, la acción policial difiere de la que se ha descrito para los supuestos en los que los autores son sorprendidos en el momento en el que intentan la ocupación o cuando la han consumado recientemente.

La constatación de la existencia de una usurpación puede ser llevada a cabo por la policía, bien por averiguación propia, por la denuncia del titular del inmueble en las dependencias policiales o bien por la llamada de un vecino. También es posible que el propietario del bien usurpado interponga directamente la denuncia en el juzgado. En este caso, la policía atenderá en todo a los requerimientos judiciales.

Cuando es la propia policía la que conoce de una usurpación, o ésta le viene referida por la denuncia de un vecino, procede a determinar, en primer lugar, el momento en el que se ha realizado la misma dado que, normalmente, asume el plazo de 72 horas de ocupación, como baremo para determinar que efectivamente se ha constituido ya, el inmueble en cuestión, en morada de los usurpadores. Para ello, se basa en los

⁵³² En virtud del art. 492 LECrim, “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490”. Por otra parte, el art. 490 LECrim dispone que: “Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti”. En este sentido, según la letra de la Ley, la policía estaría no sólo facultada sino obligada a detener en los supuestos citados.

⁵³³ La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, en el apartado 1º de su art. 520, que la “detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad policial”.

testimonios de los vecinos, en las evidencias observables en el entorno del inmueble y en las declaraciones de los ocupantes, en el caso de que se presten a comunicarse con la policía. Si no es posible determinar la fecha de entrada en el inmueble, la policía atiende a otros signos como la disposición de medidas de cierre y aquellos otros indicios que puedan servir para conocer si los ocupantes ya se hallan desarrollando en el mismo su vida privada. En el caso de que la policía tenga la certeza de que el inmueble aún no se ha constituido como morada, podrá entrar en el mismo y obligar al desalojo, sin perjuicio de que pueda tramitarse luego un procedimiento judicial contra los autores de la usurpación⁵³⁴.

En caso contrario, si hay evidencias de que el inmueble usurpado se ha constituido en la morada de sus ocupantes, la policía adoptará una serie de medidas encaminadas sobre todo a facilitar la posterior labor de instrucción por parte del juzgado que corresponda.

Así, en primer lugar, se procede a la averiguación de los datos del titular de inmueble y se pone en conocimiento del mismo el hecho de la usurpación. Se le informa así mismo sobre sus derechos y, en particular, sobre la posibilidad de interponer una denuncia contra los ocupantes ilegítimos, ya sea ante las dependencias policiales o ante el juzgado de guardia. Si el propietario del inmueble es efectivamente localizado y muestra su interés en que el inmueble sea desalojado, entonces los agentes de la policía proceden a la identificación de los ocupantes del mismo. Esta labor, no obstante, puede plantear problemas.

Como ya se ha expuesto, la policía no puede acceder al inmueble sin el consentimiento de los moradores. Por ello, la identificación de los mismos cuando se hallan en el interior de la vivienda, únicamente puede efectuarse con el consentimiento de éstos. Otra opción con la que cuenta la policía es esperar a que los ocupantes salgan del inmueble y proceder a su identificación cuando éstos se hallan en la vía pública y no pueden negarse a la misma, bajo riesgo de ser conducidos a las dependencias policiales.

Una vez realizados estos trámites, habiéndose conseguido o no la identificación de los autores, la policía debe notificar los hechos al juzgado a fin de que conozca de los mismos y, en virtud de lo anterior, acuerde continuar con el procedimiento y determinar más medidas instructoras o sobreseer el mismo, por falta de indicios suficientes en relación a la tipicidad de los hechos.

⁵³⁴ Como ya se ha expuesto, considero que el término morada implica cierto grado de durabilidad y continuidad. No obstante, la jurisprudencia no fija ningún plazo para entender que se ha constituido un inmueble en morada. A lo anterior se une la dificultad de precisar con exactitud el tiempo de la ocupación del inmueble. Por las anteriores razones, en la práctica, la policía realiza la verificación de si éste se ha constituido o no en morada del usurpador en función de diversos factores.

III.1.B.b. El derecho a la inviolabilidad de domicilio en los casos de delito flagrante.

El art. 18.2 CE garantiza la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de las entradas y registros sin autorización judicial o el consentimiento de su titular, fuera de los casos de delito flagrante. Estas excepciones a la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria son *numerus clausus*. Lo anterior implica que, fuera del consentimiento del titular, de la orden judicial o de existir delito flagrante, no podrá excepcionarse el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. En ningún momento la ley podrá determinar un supuesto de excepción, fuera de los señalados⁵³⁵. Por otra parte, el concepto de flagrancia delictiva no puede extenderse más allá de su contenido esencial, para dar cabida a más supuestos de los constitucionalmente permitidos⁵³⁶.

Como ya se ha visto, el delito se considera realizado de forma flagrante cuando los autores del mismo son sorprendidos durante su comisión y se presenta una urgencia real de intervención⁵³⁷. En virtud del mencionado art. 18.2 CE, en estos casos la autoridad

⁵³⁵ STC 341/1993, de 18 de noviembre (Fernando García Mon y González Regueral). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional considera que, según el art. 18.2 de la CE, “el domicilio es inviolable”, de tal modo que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Según el tribunal, se trata de un derecho fundamental “relativo y limitado”. Las excepciones, así dispuestas por la CE, son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la “inviolabilidad” domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental. Esta función delimitadora corresponde también, por lo anterior, al concepto de “flagrante delito”. El Tribunal recuerda aquí, que la noción de flagrancia ha sido utilizada en la CE en algún otro precepto (art. 71.2 CE). No obstante, no la ha definido de modo directo o expreso. El Tribunal continúa exponiendo que la ley no tiene vedado desarrollar el contenido de los conceptos constitucionales, dentro del respecto del contenido que les da el propio arraigo cultural, “las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces, y en general, los especialistas en Derecho”.

⁵³⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre (Fernando García Mon y González Regueral). En esta sentencia, el Tribunal establece que el art. 18.2 CE no ha deferido a la ley la previsión de aquellas excepciones y tampoco ha utilizado cláusulas de habilitación genéricas para justificar la entrada policial en domicilio, sino que ha establecido un solo supuesto -fuera del consentimiento del titular y de la autorización judicial en el que será posible aquella entrada: “caso de flagrante delito”. A continuación el Tribunal añade que de entrada no cabe tachar de inconstitucional la formalización legislativa del concepto de delito flagrante a efectos de la entrada en domicilio, siempre y cuando esa regulación legal respete el contenido esencial del derecho, de acuerdo a lo que establece el art. 53.1 CE.

⁵³⁷ Como ya se ha indicado, este requisito relativo a la existencia de una urgencia real de la intervención se refiere, por una parte, a la necesidad en sí de la misma y, por otra, a la adecuación del medio empleado para impedir la progresión delictiva, la fuga del delincuente o la destrucción de los instrumentos del delito. Al respecto de los presupuestos que deben concurrir para que pueda apreciarse la flagrancia, véase STC 341/1993, de 18 de noviembre (Fernando García Mon y González Regueral). En esta sentencia, a propósito de la inviolabilidad domiciliaria y de su excepción en los casos de flagrancia delictiva el

competente podrá entrar en un domicilio sin el consentimiento de su poseedor y sin orden judicial habilitadora, para efectuar actos de investigación o registro urgentes e insalvables. La entrada y registro llevados a cabo en tales circunstancias deben circunscribirse estrictamente a los hechos y a la *ratio* que lo hayan justificado⁵³⁸. Únicamente quedan legitimados los actos de investigación y registro que resulten necesarios y urgentes. Los excesos de autoridad competente deslegitiman la intervención y subsecuentemente los actos de investigación y registro practicados, al viciarse, devienen nulos y pueden constituir delitos cometidos por funcionarios públicos, contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (arts. 534 y ss. CP).

Esto último es importante respecto al tema objeto de este estudio, en la medida en que implica que si la policía entra en un inmueble usurpado, con objeto de realizar actos de investigación respecto a la aparente comisión de un delito flagrante distinto de la usurpación en sí misma, no podrá aprovechar la ocasión para desalojar a los ocupantes del inmueble. En este sentido, podría presentarse el caso de que hubiera una evidencia de que, en el interior del inmueble usurpado, uno de sus moradores se dedicara al tráfico de drogas y ocultara en el mismo las sustancias estupefacientes. En este supuesto hipotético la policía estaría legitimada para entrar en el inmueble, investigar a cerca de

Tribunal expone las características generales del delito flagrante. Se examina así en primer lugar su concepción histórica, que lo definía como aquél que era percibido de forma inmediata. En segundo término, su construcción doctrinal, según la cual el delito flagrante es aquel en que se percibe directa e inmediatamente la comisión, mediante percepción sensorial inmediata, que alcanza la evidencia o la audición. Por último, la descripción jurisprudencial, según la cual la flagrancia requiere, para ser tal, inmediatez temporal y personal y necesidad urgente. El Tribunal concluye diciendo que no procede asumir como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero sí reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido”. De ahí surgen dos connotaciones esenciales de la flagrancia, esto es, la evidencia del delito y la urgencia de la intervención policial. Ambas notas se hallan implícitas en el concepto escrito en el art. 18.2 CE. En esta misma sentencia, el Tribunal aclara, en sentido negativo, el contenido de lo que supone “evidencia del delito”, al exponer que las expresiones “conocimiento fundado” y “constancia”, no integran un conocimiento o percepción evidente y van más allá de aquello que es esencial o nuclear en la flagrancia. Por otra parte, determina que con “urgencia de la acción policial” se refiere a la necesidad de la intervención de la policía, a fin de impedir “la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”. No obstante lo anterior reitero que, en mi opinión, la concurrencia de una urgencia en la actuación policial es una exigencia independiente del concepto de flagrancia. Véase *supra* II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva.

⁵³⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre (Fernando García Mon y González Regueral). En esta sentencia el Tribunal expone que “Mediante la noción de ‘flagrante delito’ la CE no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya propia la valoración judicial a fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por las circunstancias en las que se muestra el delito, se justifica la inmediata intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

las circunstancias del concreto delito contra la salud pública y detener al autor de los hechos, pero si no existiera certeza de la intervención del resto de moradores en el mencionado delito, no se podría proceder a la detención de los mismos ni por supuesto a su desalojo de la vivienda en cuestión. Ni siquiera podría imponer a los comoradores el identificarse, en aras de formular contra los mismos una denuncia por usurpación.

Ahora bien, en función de lo expuesto, si se entiende que las conductas descritas en el art. 245.2 CP pueden realizarse de forma flagrante, la policía estará legitimada para entrar en el inmueble usurpado, para investigar las circunstancias de la usurpación e impedir la continuación de la misma, sin el consentimiento de los moradores y sin orden judicial habilitadora. Por tanto, es importante analizar si se cumplen los requisitos de la flagrancia delictiva en relación a las conductas estudiadas. Pues bien, entiendo que, una vez se ha constituido el inmueble ajeno en morada de los usurpadores, no cabe la apreciación de la flagrancia respecto de la primera modalidad. Ello es así, en la medida en que la constitución de la morada presupone la consumación de la primera conducta y un periodo de goce y disfrute del inmueble evidenciado por el transcurso de cierto tiempo. Así, pues, no se cumplirá el requisito de la inmediatez temporal con respecto a la primera conducta, dado que una vez se haya consolidado la morada ya habrá pasado un tiempo desde la consumación.

En cuanto a la segunda conducta y en relación al primero y al segundo de los requisitos que configuran el concepto de flagrancia (inmediatez de la acción e inmediatez personal), parece que, al menos en apariencia, la segunda conducta estudiada podría ejecutarse de forma flagrante. No obstante, esta afirmación debe ser objeto de matizaciones, en la medida en que en muchos casos la existencia de delito no será inmediatamente perceptible, sino que requerirá de cierta actuación investigadora por parte de la policía (comprobación de la oposición del propietario y de su conocimiento por los usurpadores). En estos casos, no existirá flagrancia y, en consecuencia, no podrá aceptarse la entrada sin consentimiento de los moradores ni orden judicial habilitadora.

Por otra parte, aún en el caso de concurrir los presupuestos de la inmediatez de la acción y personal, se plantean más dudas en relación al tercero de los requisitos que conforman el concepto de flagrancia según nuestra jurisprudencia (urgencia de la intervención). Realmente no existe una urgencia en la actuación policial para evitar la consumación del delito, en la medida en que la segunda modalidad es de naturaleza permanente⁵³⁹, ni para evitar la consolidación de la morada en el inmueble usurpado, dado que en este epígrafe se parte precisamente de esta premisa. Así mismo, la detención de la persona responsable tampoco es urgente, ya que existe una garantía de que la misma podrá ser localizada en cualquier momento en el inmueble en cuestión. Finalmente, tampoco

⁵³⁹ Véase *supra* III.2.B.c. Consumación de la conducta.

existe riesgo de la desaparición de los efectos del delito, porque la prueba de cargo del mismo es el propio mantenimiento del autor en la usurpación.

Por otro lado, parte de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de negar la posibilidad de que los delitos permanentes, como es el caso de la segunda modalidad típica el art. 245.2 CP, puedan ser realizados de forma flagrante, precisamente por no ser necesaria la actuación urgente de la policía. Como ya se ha indicado en otra parte de este trabajo, la segunda modalidad de comisión del tipo estudiado es de carácter permanente por lo que, según la línea interpretativa apuntada, no sería posible su comisión flagrante. En el marco de esta postura, que niega la posibilidad de comisión flagrante de los delitos permanentes, es interesante la aportación de MARTÍN MORALES⁵⁴⁰. Este autor expone que, en el caso de los delitos permanentes, por no suponer normalmente riesgo inminente para bien jurídico alguno, como sí ocurre en sentido contrario, por ejemplo, con los delitos de robo, incendio, lesiones, etc., es difícil que se configure un delito flagrante, pues la continuidad temporal elimina la necesidad de intervención inmediata; teniéndose la obligación de buscar, en su caso, el mandato judicial. En mi opinión, la expresión “normalmente” utilizada por el autor es muy importante para legitimar su teoría, en la medida en que existen delitos de naturaleza permanente, como las detenciones ilegales o el secuestro, que suponen una lesión grave contra bienes jurídicos de máxima importancia y que precisan de intervención inmediata.

En el mismo sentido se manifiesta un sector de nuestra jurisprudencia⁵⁴¹, al expresar que el delito permanente en ningún caso puede considerarse realizado de forma flagrante. Esta línea jurisprudencial se basa en la raíz latina del término flagrante, en función de la cual flagrante significaba “arder o quemar”. Este significado, trasladado a nuestros días y referido al término delito, debe entenderse como: “(...) aquél que se está cometiendo de la manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave a fin de que el mismo cese porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además, hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de robo, incendio, daños, homicidios, lesiones, violaciones, etc.; pero no en los supuestos de delitos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometan por la tenencia de objetos de tráfico prohibido. Estos últimos delitos desde el momento en que quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, “normalmente”, una intervención urgente de la

⁵⁴⁰ MARTÍN MORALES, R., “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)”, pp. 375 y ss.

⁵⁴¹ STS 1003/1999, de 14 de junio (Eduardo Móner Muñoz); STS, de 29 de marzo de 1990 (Joaquín Delgado García).

policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener un mandamiento judicial”⁵⁴².

Lo expuesto en el párrafo precedente refiere la regla interpretativa seguida por parte de la jurisprudencia en relación a la flagrancia en los casos de delitos permanentes. No obstante, esta misma corriente jurisprudencial entiende que en ciertos supuestos de delitos permanentes, por darse claramente a pesar de su especial naturaleza, los requisitos reseñados, sí que se entenderían realizados de forma flagrante⁵⁴³. Entiendo que estos supuestos especiales a los que alude la jurisprudencia se refieren a delitos permanentes en los que se afecta un bien jurídico que merece una protección superior, como es el caso de la vida, la integridad física o la capacidad deambulatoria. Así, en el caso de delitos que afectan estos bienes jurídicos pero son de naturaleza permanente, como es el caso del secuestro, no habrá riesgo de fuga del delincuente pero será necesaria una intervención “tan urgente que no puede esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener una orden judicial, porque se está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente”. En atención a lo anterior, otro sector jurisprudencial acepta la posibilidad de comisión flagrante de los delitos de naturaleza permanente⁵⁴⁴.

En función de lo expuesto, en mi opinión el hecho de que un delito sea de naturaleza permanente, no tiene porqué excluir la posibilidad de su comisión flagrante. Habrá que examinar si se cumplen o no los requisitos de la flagrancia. En relación a la conducta estudiada, entiendo que la situación antijurídica, que se produce tras la consumación, lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por el tipo, a diferencia de lo expuesto por MARTÍN MORALES⁵⁴⁵ en relación a la generalidad de los delitos permanentes. No obstante, reitero que no considero urgente la paralización de la situación antijurídica en aras a la captura del delincuente o a la conservación de las pruebas, por la propia configuración de la conducta típica. Tampoco creo que la afectación del bien jurídico posesión civil, que se produce con la usurpación, revista una importancia tal que

⁵⁴² STS 1003/1999, de 14 de junio (Eduardo Móner Muñoz).

⁵⁴³ De ahí que la sentencia apuntada en la nota anterior exponga que los delitos permanentes *normalmente* no requieren una urgencia en la actuación policial.

⁵⁴⁴ En sentido contrario se manifiesta STS 947/2006, de 26 de septiembre (Joaquín Jiménez García), al exponer que: “El delito de detención/secuestro, como delito de naturaleza permanente se está cometiendo en tanto una persona sea privada de su libertad ambulatoria. Eso es lo que ocurría en el caso de autos, y por ello si la fuerza actuante hubiese estimado la existencia de urgencia que le hubiese impedido solicitar la autorización judicial, podría haber actuado por sí misma ante la flagrancia del delito de secuestro como tiene previsto el art. 553 LECrim, pues podía haberse estimado que la acción delictiva se estaba cometiendo, en la medida que la detención de los inmigrantes se estaba produciendo, por lo que existía una inmediatez de la acción y una inmediatez de los autores del delito, a lo que se unía -se podría haber unido- la urgente necesidad de intervención policial para evitar la continuación en el delito, y posible fuga de los autores”.

⁵⁴⁵ MARTÍN MORALES, R., “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)”, pp. 375 y ss.

requiera una interrupción inmediata, sin que quepa esperar a conseguir una autorización judicial.

Por otra parte, entiendo que dado que son dos los derechos en juego (la posesión del propietario y la inviolabilidad del domicilio) debe hacerse una ponderación de intereses y en este caso, ante la duda y dado que no se trata de un ataque muy grave contra un bien jurídico protegido⁵⁴⁶, debería apostarse por la defensa de la inviolabilidad domiciliaria y no aceptarse la entrada no consentida a la morada de los usurpadores con el objeto de paralizar la usurpación.

Lo anterior queda reforzado a la vista de la ya comentada posible configuración del delito estudiado como leve⁵⁴⁷. Si se acepta esta interpretación, deberá excluirse la posibilidad de entrada en el inmueble usurpado con base en dos motivos: 1. La absoluta desproporción de los intereses en juego. 2. La referencia constitucional (art. 18.2 CE) a “delito flagrante”, con lo cual quedarían excluidas las antiguas faltas, ahora “delitos leves”, del ámbito de justificación de la violación del domicilio. En el mismo sentido, los arts. 546 y 550 LECrim, al autorizar al juez a decretar la entrada y registro “cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”, en relación a la disposición adicional segunda de la LO 1/2015, que establece que: “Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves”.

III.1.B.c. El derecho a la inviolabilidad del domicilio en los casos de consentimiento de uno de los titulares.

Otra de las excepciones al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, en función de lo establecido en el art. 18.2 CE, es el consentimiento del titular del derecho. Esta regla es clara. No obstante, se pueden plantear ciertos conflictos en los casos en los que son varios los moradores del inmueble. Tal suele ser el caso de las viviendas usurpadas por el colectivo “okupa”, en las que en muchas ocasiones conviven comunidades de personas. Es interesante plantearse en estos casos qué ocurre cuando sólo uno de los moradores da su consentimiento a la entrada de terceros. Sobre todo parece relevante establecer si el consentimiento prestado por uno de los habitantes de una vivienda usurpada es suficiente para legitimar la entrada de la policía en la misma.

⁵⁴⁶ A diferencia de lo que ocurre en el secuestro o las detenciones ilegales.

⁵⁴⁷ Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

En relación al consentimiento prestado por uno de los comoradores de un inmueble, respecto de la entrada de terceros, GARCÍA URETA⁵⁴⁸ expone que la composición razonable de los intereses en juego de los comoradores hace que normalmente pacten, ya sea de forma explícita o implícita, la tolerancia o no de las entradas consentidas por otro comorador. Así, en general, los terceros que entren en el domicilio pueden confiar en que la autorización de uno de los comoradores implica la de los demás. No obstante, continúa el autor, lo anterior resulta aplicable a las situaciones de normalidad, pero no a aquellas otras en las que la entrada de un tercero, consentida por uno de los comoradores, puede implicar un perjuicio para los intereses de otro de los habitantes del domicilio.

El Tribunal Constitucional⁵⁴⁹ entiende, así mismo, que, en situaciones de normalidad en las que la entrada de terceros no implica un perjuicio para ninguno de los comoradores, la autorización de entrada por cualquiera de éstos presupondrá el acuerdo tácito de los demás. Por otra parte, en los casos en los que la entrada de terceros pueda suponer un perjuicio para alguno de los comoradores, éste o éstos deberán prestar su consentimiento expreso. La regla general es que la falta de oposición a la entrada, por parte del que no consiente expresamente, no es suficiente para legitimar la misma⁵⁵⁰. No obstante, en determinados contextos la falta de oposición pueda ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito⁵⁵¹.

En resumen, en situación de normalidad, la regla general es que la autorización de uno de los comoradores implica la de los demás, presumiéndose la existencia de consentimiento tácito. Esta regla no se aplica en los supuestos en los que la entrada del tercero puede implicar un perjuicio para los intereses de otro comorador. En estos casos,

⁵⁴⁸ GARCÍA URETA, A., “Inviolabilidad del domicilio y morada en precario en vivienda ajena junto con el propietario del inmueble”, pp. 8-12.

⁵⁴⁹ STC 22/2003, de 10 de febrero (Francisco Javier Delgado Barrio).

⁵⁵⁰ STC 384/1993, de 21 de diciembre (Pedro Cruz Villalón); STC 22/2003, de 10 de febrero (Francisco Javier Delgado Barrio); STC 209/2007, de 24 de septiembre (Emilia Casas Baamonde). En esta sentencia el Tribunal aclara que hay supuestos en los que esta norma general se excepciona. Tal sería el caso en el que el titular originario presta su consentimiento y el comorador precarista no manifiesta expresamente su oposición a la entrada. Lo mismo ocurre en los casos de cónyuges, en los que la autorización de uno presupone la del otro. Así mismo, la autorización de los familiares del titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria legitima la entrada, cuando el titular del derecho no se halla en condiciones de prestar su consentimiento. No obstante, las excepciones anteriores no son válidas en los casos en los que existe un conflicto de intereses entre la persona autorizante y el comorador pasivo.

⁵⁵¹ STC 209/2007, de 24 de septiembre (Emilia Casas Baamonde). En esta sentencia el Tribunal expone que “uno de tales contextos propicios a que la falta de oposición pueda ser interpretada como expresión de consentimiento es precisamente el del comorador en precario frente a la autorización de entrada del titular originario del domicilio y a su vez comorador”. En sentido opuesto, la existencia de una separación legal entre una pareja implica que, la entrada en el domicilio por la ex-pareja no moradora, no puede presumirse autorizada de forma tácita por la ex-pareja moradora. Así, SAP Vizcaya 26/1995, de 25 de septiembre (María Elisabeth Huerta Sánchez).

el consentimiento del comorador, que puede ver afectados sus intereses, debe ser expreso⁵⁵².

Una vez llegados a las anteriores conclusiones, quedaría por analizar qué pasaría en el caso de la entrada policial en un inmueble usurpado, autorizada por uno de los habitantes del mismo. Se entiende que una vez constituida la morada, el desalojo del inmueble debe realizarse únicamente mediando orden judicial, pero puede plantearse el caso de la entrada policial para verificar cuántas personas habitan el inmueble y para tomarles identificación⁵⁵³.

También cabría que la entrada policial se efectuara con un fin diverso de la usurpación en sí. Es decir, que la policía solicitara la entrada para registrar la vivienda, por sospechar la comisión de otro delito en el seno de la misma. En este caso debemos ceñirnos a las reglas anteriormente indicadas. Dado que en el caso de un inmueble usurpado, todos los comoradores se hallan en igualdad de condiciones, se entiende que en circunstancias normales la autorización de uno de ellos implica la del resto, pero que las entradas que puedan afectar a los intereses de alguno de los comoradores deben contar con la aprobación expresa de éste.

III.2. Mecanismos de heterotutela. La tutela judicial efectiva. Pluralidad de cauces judiciales en el tratamiento de los conflictos derivados de las usurpaciones pacíficas de inmuebles.

En los apartados anteriores se ha analizado la viabilidad, la legitimidad y los límites de la actuación policial en los casos de usurpación de inmuebles. Se ha visto como este mecanismo de heterotutela del que dispone el propietario para hacer frente a la desposesión se ve muy restringido en los supuestos en los que el inmueble usurpado se ha constituido en morada de los usurpadores. Por otra parte, también se ha constatado que, incluso en los casos en los que es factible efectuar el desalojo por parte de la policía, ésta debe formar el correspondiente atestado y poner lo actuado a disposición judicial. Lo anterior nos lleva a apuntar el último y el más efectivo de los cauces de los que dispone el propietario para hacer frente a la perturbación de la que es objeto: el proceso judicial. Esta vía judicial constituye un último mecanismo de heterotutela de

⁵⁵² En el caso de que, pese a no existir consentimiento expreso del comorador cuyos intereses se ven afectados, el tercero entra, éste realiza el tipo de allanamiento de morada con participación del comorador que permite. No obstante, si el tercero allanador actúa en error, se plantarán problemas respecto a la tipicidad de la conducta del comorador que consiente, en la medida en que la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de que los delitos de propia mano admitan la autoría mediata. Véase *supra* I.4.B. El error.

⁵⁵³ Este tema se trata *infra* III.1.B. Consecuencias jurídicas de la constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador y III.1.B.a. La actuación policial.

que dispone el propietario que ve afectado su derecho de posesión sobre un inmueble, a causa de una usurpación.

Es evidente que, dada la tipificación de la conducta en el apartado 2º del art. 245.2 CP, el derecho penal debe tratar estas cuestiones. No obstante, no es esta la única rama del derecho que dispone una normativa para solucionar esta clase de conflictos. También el derecho civil contempla una serie de mecanismos que permiten restaurar la situación del poseedor afectado por una ocupación pacífica. Asimismo y con carácter reciente, el derecho administrativo ha previsto en el art. 37.7 de la LO 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad civil, una infracción leve consistente en: “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”.

En vista de lo anterior, en los epígrafes que siguen se tratará de determinar el porqué de la pluralidad legislativa respecto de la materia objeto de estudio, se expondrán cuáles son las normas sustantivas y procesales en la materia y, en atención a las características de cada uno de los sectores del ordenamiento implicados y a los mecanismos que cada uno de éstos recoge, se decidirá en qué casos corresponderá enjuiciar, a uno u otro, los conflictos derivados de las usurpaciones pacíficas de inmuebles.

Dado que el derecho civil fue el primer sector del ordenamiento en regular la materia objeto de estudio y su normativa no fue derogada con la entrada en vigor de la LO 10/1995, por la que se introdujo el art. 245.2 CP, se parte del análisis de la relación entre derecho civil y penal respecto de la cuestión y se exponen cuáles son los procedimientos civiles vigentes para enjuiciar los casos de ocupación de inmuebles. A continuación se examinarán estos mismos extremos en atención a la legislación administrativa en la materia.

III.2.A. El proceso penal versus el proceso civil en relación a los conflictos generados por las ocupaciones de inmuebles.

Es innegable que el proceso penal presenta importantes analogías con el proceso civil⁵⁵⁴. En primer lugar, en ambos procedimientos es el órgano judicial quien aplica la ley. En segundo lugar, hay muchos conceptos de la legislación civil que son válidos para el sistema penal como, por ejemplo, las nociones de jurisdicción y competencia. Finalmente, en ambos procesos rigen principios comunes, como lo son el de dualidad de partes, el de igualdad entre las mismas y el de audiencia y contradicción.

⁵⁵⁴ Véase, por todos, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 27-29.

No obstante, junto a las semejanzas aludidas, existen importantísimas diferencias entre ambos procedimientos. En primer lugar, como ya se ha indicado, aquello que distingue al derecho penal de cualquier otra rama del derecho es la consecuencia que del mismo se deriva: la pena. Todas las demás características distintivas del derecho penal derivan precisamente de su configuración esencial como *ius puniendi*⁵⁵⁵. En segundo término, el derecho civil es una rama del derecho privado y por ello no precisa de forma inexcusable de la intervención jurisdiccional. Por su parte, en el derecho penal, como rama del derecho público, la intervención jurisdiccional adquiere el carácter de imprescindible. En tercer lugar, y derivado de lo anterior, el derecho civil se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte, frente al derecho penal que es indisponible e irrenunciable y en el que imperan los principios de oficialidad y de investigación *ex officio*. Finalmente, aunque hay conceptos procesales que se utilizan en ambos ámbitos, normalmente los mismos varían de contenido según si el procedimiento en el que se aplican es de carácter civil o penal. Lo anterior ocurre, por ejemplo, con conceptos como el de acción, el de carga de la prueba o el de cosa juzgada, entre otros⁵⁵⁶.

Las diferencias descritas obedecen al hecho de que ambos órdenes deben hacer frente a problemas de diversa naturaleza, Así, el derecho penal es aplicable a los conflictos de carácter público, que afectan de forma grave a bienes jurídicos considerados como esenciales para nuestro sistema socio-económico. Por su parte, el derecho civil debe atender a los conflictos que se dan entre particulares y que no trascienden del derecho privado.

Lo anterior plantea dudas respecto al motivo de que exista una doble regulación en relación a los supuestos de usurpaciones pacíficas de inmuebles. El tipo penal recogido en el art. 245.2 CP fue introducido por el legislador en 1995, con anterioridad a que se operase la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Antes de este cambio en la ley procesal civil, la misma había sido muy criticada por carecer de mecanismos suficientes y eficientes para resolver conflictos. Un sector de nuestra doctrina⁵⁵⁷ entendió que esta ineficacia de la ley procesal civil fue lo que motivó que el legislador del año 95 intentase canalizar los problemas derivados de las ocupaciones pacíficas a través del derecho penal. Se trataba de supuestos que no suponían un grave daño para ningún bien jurídico protegido, pero que se estaban extendiendo de forma alarmante y que parecían no encontrar una solución en la vía civil. En atención a esta

⁵⁵⁵ Véase, entre otros, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 40; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 28; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 46, declaran que: “La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica de la comunidad”.

⁵⁵⁶ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 29-44.

⁵⁵⁷ BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el CP de 1995*, pp. 107 y ss.

interpretación sorprende que, junto a la tipificación de esta conducta, no hubiera una paralela derogación de la regulación civil referente al mismo tema. Por otra parte, resulta ilógico que, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha supuesto una clara agilización de los procedimientos civiles, el legislador no haya aprovechado los recientes cambios operados en el Código Penal para derogar el tipo del art. 245.2 CP.

En mi opinión, y en función de lo expuesto en los párrafos precedentes, la ineficacia del proceso civil no es un motivo legítimo para la tipificación de una conducta que afecta a un interés de carácter privado. Así, o bien la decisión legislativa se debió a motivaciones erradas, o bien se había producido un cambio en la percepción de los conflictos generados por las usurpaciones pacíficas de inmuebles. En este sentido, considero que la decisión del legislador de 1995 puede explicarse de las siguientes maneras:

1. Entender que, ante la ineficacia del proceso civil para resolver los conflictos derivados de las ocupaciones pacíficas de inmuebles, el legislador optó por tipificar estas conductas en aras a aprovechar la mayor eficacia del procedimiento penal.
2. Entender que la afectación que provoca la usurpación en la posesión del propietario pasó a percibirse en el año 1995 como un ataque grave contra un bien jurídico esencial para el sistema⁵⁵⁸.
3. Considerar que no se produjo un cambio en la percepción de las conductas típicas de forma aislada, pero que se advirtió una proliferación de las mismas que, en su conjunto, estaba afectando gravemente el derecho de posesión civil⁵⁵⁹.

Respecto a la legitimación de cada una de estas explicaciones, entiendo que la primera - la ineficacia del proceso civil- supondría que el precepto estudiado estaría atentando contra los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima del derecho penal, en la medida en que lo adecuado en este caso hubiera sido reformar la ley procesal civil para dotarla de la eficacia necesaria, y no trasladar al orden penal una cuestión de naturaleza civil⁵⁶⁰. En relación a la legitimidad de la segunda explicación apuntada -cambio de

⁵⁵⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p. 20 y ss., expone que una de las causas del fenómeno de expansión del Derecho Penal es la sensación de inseguridad social.

⁵⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del derecho penal*, p. 142, expone: “Puede afirmarse que es una característica del derecho penal de las sociedades postindustriales el asumir, en amplia medida, tal forma de razonar, la de la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propia de lo administrativo”.

⁵⁶⁰ Respecto a esta idea, considero acertada la postura de FELIP SABORIT, D., en ROBLES PLANAS, R. (coord.)/SÁNCHEZ ORTÍZ GUTIERREZ, P. (coord.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, pp. 82-83, cuando defiende que: “Si realmente es efectivo, el derecho penal no debería permanecer ajeno

percepción social en relación a la conducta estudiada-, entiendo que el hecho de que se configuren nuevos tipos penales, a causa de esta sensación de inseguridad social, es acorde con el deber del derecho penal de proteger aquellos intereses que la sociedad vigente considera esenciales. No obstante, el legislador debe tener presente la Constitución en todo momento, para no crear normas injustas, que desatienden a los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*, destinadas a la mera satisfacción de prejuicios sociales en abuso del delincuente⁵⁶¹.

Por último, en relación a la proliferación de una conducta pacífica que afecta a un derecho considerado como fundamental hasta el momento, debería replantearse la protección de tal derecho, al menos en los términos vigentes. Para empezar, se habría de partir del análisis de las causas del aumento de la conducta; probablemente la necesidad de vivienda y el descontento respecto a las desigualdades sociales en este terreno. En segundo lugar, habrían de buscarse soluciones en la creación de políticas de fomento a la vivienda, abriendo el acceso, gratuito o a bajo precio, a viviendas públicas y gravando los inmuebles privados que no cumplen su función social.

Entiendo que cabría argumentar, en contra de lo expuesto en el párrafo precedente, que la aplicación efectiva de las políticas propuestas quizá no era posible a corto término y que la paralización del aumento de la conducta estudiada era necesaria en el momento inmediato. No obstante, ello no justifica una intervención penal que debe fundamentarse en la exclusiva protección de bienes jurídicos respecto de los ataques más graves contra los mismos. Además, a lo anterior se añade la incógnita de por qué el legislador mantuvo la normativa civil sobre el tema, una vez tipificadas las conductas estudiadas. En relación a esta cuestión, considero que cabrían dos explicaciones:

1. Al redactar el tipo objeto de análisis, el legislador tenía en mente el problema de la proliferación de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, por parte del colectivo “okupa”. Lo grave no era la conducta en sí, que merecía un trato civil, sino el aumento de la misma, dirigido por el movimiento en pro de la “okupación”.

a sectores sensibles en los que otras formas de prevención no penal, que en apariencia son preferentes desde la perspectiva de una teórica subsidiariedad, se muestran perennemente ineficaces en la práctica para hacer frente al incumplimiento recalcitrante. (...) Siempre que, insisto, se compruebe que no sea realmente factible implementar una intervención extra-penal y que los motivos que explican el fracaso de dicha intervención no puedan ser también la causa de la ineficacia de la persecución penal”. Siguiendo esta argumentación, entiendo que en el caso que se plantea sí que hubiere sido posible la reforma de la ley procesal civil a los efectos de dotarla de mayor eficacia, como efectivamente se hizo con posterioridad.

⁵⁶¹ La prevención general positiva es uno de los efectos de la pena, pero no el único. Entendido de forma autónoma podría dar lugar a resultados exclusivamente funcionalistas cercanos al puro retribucionismo. Al respecto de la crítica a la teoría de la prevención general positiva: SCHÜNEMANN, B., en SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, pp. 89 y ss.

2. El legislador entendió que, en el marco de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, existían las que afectaban gravemente la posesión civil y las que, por su escasa entidad, no merecían ni era necesario que fueran tratadas por el derecho penal, a la hora de interpretar y aplicar los tipos.

La segunda explicación apuntada es la única aceptable desde la perspectiva de la legitimidad del derecho penal⁵⁶². También es, en cualquier caso, la interpretación que aquí se acoge y la que defiende nuestra jurisprudencia mayoritaria. En efecto, anteriormente en este mismo trabajo ya se expuso como, en función de la interpretación del bien jurídico defendido, quedarían fuera del ámbito de aplicación del derecho penal los usos esporádicos, las ocupaciones de inmuebles abandonados, los incumplimientos de los pactos arrendaticios y las situaciones de precario⁵⁶³. Por su parte, como ya se ha manifestado, la doctrina mayoritaria de nuestros tribunales entiende que quedan excluidas del ámbito de aplicación del tipo, las ocupaciones de carácter esporádico y las de inmuebles abandonados⁵⁶⁴.

En razón de esta doble regulación existente sobre la materia, en los epígrafes que siguen se hace una breve referencia a cuáles son los mecanismos civiles de resolución de los conflictos generados por las ocupaciones pacíficas de inmuebles. Ello por dos razones. En primer lugar, para comprobar que realmente el afectado por una usurpación puede acudir al derecho civil para resolver su problema. En segundo lugar, para constatar que las herramientas ofrecidas por esta rama del ordenamiento son suficientemente eficientes para no disuadir de su utilización. Todo ello nos llevará a concluir que el derecho penal únicamente deberá enjuiciar aquellos casos que suponen un grave atentado contra la posesión civil, en atención a los principios de *ultima ratio* e intervención mínima y a criterios de necesidad y merecimiento de pena.

III.2.B. Los mecanismos civiles de protección de la posesión.

La protección de la posesión otorgada por nuestro ordenamiento se funda en lo dispuesto en el art. 446 CC, que remite a las leyes procesales para la regulación de los medios pertinentes para garantizar esta tutela. En atención a esta remisión, la LEC establece una serie de procedimientos para hacer frente a la desposesión. Aquí se recogen los que tienen relevancia desde la perspectiva de las ocupaciones de inmuebles.

⁵⁶² La legitimación de la primera conducta es cuestionable en los términos del merecimiento pena y de los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal.

⁵⁶³ Al respecto, véase *supra* I.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.

⁵⁶⁴ En relación a lo anterior, véase *supra* I.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.

En el marco de la regulación del juicio verbal, el art. 250.1 LEC establece varios procedimientos destinados a permitir la recuperación de la posesión por quien se ve ilegítimamente despojado o perturbado en su tranquilo disfrute. Así, en primer lugar, los procesos sumarios de tutela de la posesión, contemplados en el art. 250.1.4º LEC e insertos en la regulación del juicio verbal. También, en este mismo precepto, el procedimiento contemplado en el apartado 2º, referente a la recuperación de la posesión de un inmueble cedido en precario⁵⁶⁵. Finalmente, el propietario del bien inmueble ocupado puede recurrir a acciones de tutela de la posesión, ejercitables en procesos no estrictamente posesorios. Tal es el caso de la acción reivindicatoria (art. 348 LEC), la acción publiciana y la acción real registral que resulta de lo dispuesto en el art. 250.1.7º LEC.

En los epígrafes siguientes se analizará cada uno de estos procesos. No obstante, dado que el cauce para la sustanciación de la mayor parte ellos es el del procedimiento del juicio verbal, a continuación se presenta un excursus sobre el desarrollo del mismo. Posteriormente, en relación a cada procedimiento concreto, se referirán las especialidades por razón de la materia.

El procedimiento del juicio verbal se inicia con la interposición de la demanda, en la que deben consignarse los datos y las circunstancias de identificación de las partes demandante y demandada (art. 437 LEC)⁵⁶⁶. No obstante, en el caso de las ocupaciones pacíficas de inmuebles, en numerosas ocasiones se entiende cumplimentado este requisito legal con la expresión de “los ignorados ocupantes” y su citación en el inmueble ocupado. En función de lo dispuesto en el art. 253 LEC, deberá fijarse también en este escrito inicial la cuantía del procedimiento, atendiendo a las reglas expuestas en el art. 251 LEC. Generalmente, en los casos en los que el proceso verse sobre la posesión, se estará al valor de mercado de los bienes inmuebles afectados al tiempo de interponerse la demanda.

Una vez admitida la misma, el Secretario judicial debe citar a las partes para la celebración de la vista, confiriendo un plazo de entre diez y veinte días (art. 440 LEC)⁵⁶⁷. En los casos en los que en la demanda se solicita el desahucio, en la resolución

⁵⁶⁵ Aunque no se menciona, en los supuestos específicos de ocupaciones de inmuebles cuyo titular fallece, tiene relevancia el procedimiento previsto en el art. 250.3 LEC, referente a la puesta en posesión del bien a quien lo hubiere adquirido en herencia. También, el art. 250.1 LEC merece atención, en la medida en que prevé un proceso sumario para la recuperación de los inmuebles arrendados, en los casos de impago de las cuotas del alquiler. Esta previsión expresa de la LEC, no derogada tras la tipificación de la conducta estudiada, es un dato más que permite excluir estos supuestos de incumplimientos arrendaticios del ámbito de aplicación del tipo.

⁵⁶⁶ Al respecto de la tramitación del procedimiento del juicio verbal, véase MONTERO AROCA, J., en AAVV, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, pp. 410-425.

⁵⁶⁷ Como ya se ha indicado, la citación se puede dirigir a los ignorados ocupantes del inmueble ocupado y se les advierte del derecho a comparecer asistidos de abogado el día de la vista. Junto a la citación, se acompañaría toda la documentación relativa a la demanda.

de admisión de la misma se debe fijar el día y la hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento. Éste debe producirse antes del transcurso de un mes desde la vista.

El día de la celebración de la misma, los litigantes deben comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse y, en el caso de ser necesaria la defensa de oficio de los demandados, éstos deberán solicitarlo del juzgado en el marco de los tres días siguientes a la recepción de la citación (art 440 LEC). En el caso de incomparecencia del demandante se entenderá que éste desiste de la acción. Si es el demandado el que no comparece, se le declarará en rebeldía y se procederá a la continuación del procedimiento.

La vista se inicia con la exposición de los hechos por la parte actora. A continuación, procede el trámite de alegaciones del demandado. Ambas partes deben fijar en cada caso, de forma clara y precisa, los hechos relevantes que atañen a sus pretensiones. Por último, se desarrolla la fase de proposición, admisión y práctica de la prueba (art. 443 LEC). A partir de lo anterior, el tribunal debe dictar sentencia en los diez días siguientes a la celebración de la vista. No obstante, este plazo se reduce a la mitad en aquellos juicios verbales en los que se pide el desahucio de una finca urbana (art. 447 LEC)⁵⁶⁸.

III.2.B.a. Las acciones posesorias de carácter sumario.

Como mecanismos jurisdiccionales de protección de la posesión, la parcialmente derogada LEC/1881⁵⁶⁹ configuraba unas acciones de carácter sumario que recibían el nombre de interdictos⁵⁷⁰. Los interdictos, con tal denominación, han desaparecido de la nueva LEC. No obstante, en sede del juicio verbal se hallan reguladas las acciones posesorias de carácter sumario encaminadas a la protección de la posesión⁵⁷¹. Así, el art. 250 LEC expone que “se decidirán por juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes (...)” y en su apartado 4º continúa: “Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho⁵⁷² por quien haya sido

⁵⁶⁸ MONTERO AROCA, J., en AAVV, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, pp. 410-425.

⁵⁶⁹ Redacción anterior a la reforma de 2003, arts. 1631 y siguientes. El art. 1631 enumeraba las clases de interdictos: interdicto para adquirir la posesión, interdicto de retener o recobrar la posesión, interdicto de obra nueva e interdicto de obra ruinososa.

⁵⁷⁰ Se suele definir esta figura como la acción posesoria de carácter sumario, que se concede al poseedor para retener o recobrar la posesión ante los terceros que perturben la misma.

⁵⁷¹ En esta nueva descripción de los juicios posesorios se suprime la antigua redacción del art. 1651 LEC, que delimitaba el interdicto de retener para aquellos actos que manifestaban la intención de inquietar o despojar al poseedor. La nueva redacción determina, como presupuesto de la interposición de la demanda, que se haya producido un despojo o una perturbación en el disfrute de la posesión. Al respecto, ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal civil*, pp. 454-462; CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, pp. 130 y ss.

⁵⁷² La mención de la nueva regulación a la protección de la “tenencia o posesión de una cosa o derecho” resuelve la duda de la normativa anterior acerca de si cabría protección interdictal de derechos. GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, p. 220, señala que si bien el art. 250.1.4º no establece limitación alguna respecto a los derechos que pueden ser objeto de tutela

despojado de ellas o perturbado en su disfrute”⁵⁷³. Se configuran así unos procedimientos judiciales cuya característica esencial es la sumariedad y la rapidez de tramitación. Tal atributo constituye su mayor virtud, pero también su límite. En efecto, la celeridad del procedimiento impone la reducción de la cognición del juez al hecho posesorio, remitiendo el debate sobre la titularidad del derecho en sí al proceso declarativo y plenario que corresponda (art. 447.2 LEC). Por consiguiente, al demandante le corresponderá únicamente probar la posesión en sí y la lesión de la misma⁵⁷⁴ y las sentencias resultantes de estas acciones no producirán efectos de cosa juzgada⁵⁷⁵.

Los presupuestos que deben concurrir para el ejercicio de la acción reseñada son cuatro: tres de carácter fáctico y uno de naturaleza temporal.

1. El primero atiende a la posesión por parte del demandante. La actual regulación expresa que la protección se extiende a cosas y derechos. Tal es la situación del propietario de un inmueble que se ve desplazado en su posesión sobre el mismo, debido a la ocupación⁵⁷⁶.
2. El segundo requisito se refiere a la existencia de un acto de perturbación⁵⁷⁷ o despojo⁵⁷⁸, entendido como “una acción concreta y material (...), que inquiete al

posesoria “debe seguirse la opinión mayoritaria que sólo considera incluibles dentro del ámbito de esta protección aquellos derechos que sean susceptibles de un ejercicio duradero y estable, excluyéndose aquellos que, como los derechos de crédito, se agotan con su ejercicio”.

⁵⁷³ CREMADES GARCÍA, P., “Los nuevos interdictos posesorios a propósito de la Ley 1/2000 de 7 de enero”, p. 26, expone que esta perturbación debe entenderse como aquella situación que se crea como consecuencia de actos de un tercero, con la intención clara de inquietar o despojar al poseedor. En caso de darle otro contenido al término perturbación, la defensa posesoria se limitaría, en la actual redacción, sólo y exclusivamente a la recuperación de la posesión.

⁵⁷⁴ BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, p. 92.

⁵⁷⁵ No obstante, tal afirmación debe matizarse, dado que sí que serán vinculantes respecto de aquellos extremos sobre los que se haya pronunciado el juez. En este sentido, BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, p. 98; ASECIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, p. 454. Al respecto del concepto de cosa juzgada, véase DOMÉNECH GARRET, M. C., *Vademécum de derecho civil y procesal civil*, p. 67.

⁵⁷⁶ CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, pp. 185.

⁵⁷⁷ SAP Murcia 89/2003, de 24 de febrero (Juan Antonio Jover Coy), expone que “perturbación”, a los efectos del procedimiento dirigido a retener la posesión, es todo quebrantamiento posesorio no constitutivo de despojo y consiste en aquella conducta que, contrariando la voluntad del poseedor, se traduce en la invasión o amenaza de invasión de la esfera posesoria ajena, impidiendo o dificultando su ejercicio, pero sin llegar a la privación de la posesión, que es conservada por el actor. En este sentido, debe incluirse dentro del concepto de perturbación no sólo la actual, sino también todo acto que manifieste la intención de inquietar o despojar. En la doctrina véase, por todos, CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, pp. 130 y 141.

⁵⁷⁸ En cuanto al acto de despojo, en nuestra doctrina, BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F., en BUSTO LAGO, J. M. (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, pp. 111 y ss.; CERRATO GURI, E.,

poseedor en el goce pacífico de la cosa o derecho o le prive del mismo”. Este requisito permitiría otorgar una acción civil al usurpador del inmueble contra el propietario del mismo que perturba su posesión, por ejemplo cambiando este último la cerradura. No obstante, atendiendo al presupuesto temporal que se enunciará a continuación, para que la demanda se estimara debería haber transcurrido más de un año desde la usurpación. En caso contrario, el propietario podría formular reconvención y demandar por el despojo padecido.

3. El tercer requisito necesario para poder interponer la acción posesoria referenciada es el *animus spoliandi*⁵⁷⁹, entendido como el conocimiento o consciencia de que se está atentando contra la posesión de un tercero, o que se está actuando de forma arbitraria e indebida sin título adecuado que lo autorice, sin que en cualquier caso sea exigible para apreciarlo ni un especial ánimo ilícito, ni la existencia de culpa, ni la existencia de dolo, ni la existencia de mala fe⁵⁸⁰.
4. Finalmente, el último requisito necesario para poder interponer la acción posesoria reseñada es de carácter temporal y viene exigido tanto por la

La tutela sumaria de la posesión en la LEC, pp. 142-143. En la jurisprudencia, SAP St. Cruz de Tenerife 767/1996, de 12 de diciembre (Fulgencio Velásquez de Castro Puerta), manifiesta que supone la realización de hechos materiales que se concretan en la alteración del estado de hecho preexistente, y, en concreto, en la privación total o parcial para el poseedor, del poder de hecho que ostentaba sobre la cosa o derecho y que, normalmente, pasará al despojante sin título y/o sin relación negocial alguna. Este es el caso de las ocupaciones pacíficas de inmuebles, mediante las cuales el usurpador desplaza al propietario en cuanto a poseedor del inmueble.

⁵⁷⁹ La legislación procesal vigente ha suprimido la mención a la “intención de inquietar o despojar”, que contenía la normativa anterior. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia continúan exigiendo que concorra este elemento volitivo. Según esta postura interpretativa, lo anterior resulta de la aplicación de la actual legislación (Ley 1/2000). Así, pese a que ésta no requiere que exista animo tendencial en el despojante, bastando el simple despojo, de lo dispuesto en el art. 7 CC se deriva que: “Todo actuar doloso o culposo, que directa o indirectamente conduzca a la privación de hecho de la posesión o tenencia, pueda ser corregido mediante el ejercicio de la acción recuperatoria o interdictal salvo que dicho actuar esté legitimado en el ejercicio adecuado de un derecho y bajo las exigencias de la buena fe”. En este sentido, en la jurisprudencia, SAP Alicante 513/2002, de 3 de octubre (Fernando Cambronero Cánovas); SAP Las Palmas 492/2003, de 17 de septiembre (Victor Manuel Martín Calvo); SAP Islas Baleares 270/2004, de 14 de junio (Catalina M^a Moragues Vidal). También la doctrina se ha pronunciado en el mismo sentido, entendiendo que la legislación actual también exige de la concurrencia de este *animus spoliandi* para posibilitar la interposición de la acción posesoria. Así, CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, p. 152; Por su parte, GIMENO SENDRA, V., en EL MISMO (coord.), *Proceso civil práctico*, p. 188, añade que el *animus spoliandi* “constituye una presunción iuris tantum que exige la prueba en contrario”. Por lo tanto, en todo acto de perturbación se presume dicho elemento intencional, lo que ha de producir en el procedimiento una inversión de la carga de la prueba, debiendo el demandado acreditar la existencia de su error”.

⁵⁸⁰ SAP Alicante 513/2002, de 3 de octubre (Fernando Cambronero Cánovas); SAP Las Palmas 492/2003, de 17 de septiembre (Victor Manuel Martín Calvo); SAP Islas Baleares 270/2004, de 14 de junio (Catalina M^a Moragues Vidal).

legislación sustantiva, como procesal. Así, el art. 439 LEC dispone, en su primer apartado, que: “No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen en el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o despojo”⁵⁸¹. La doctrina y jurisprudencia entienden que el plazo de caducidad se inicia desde el momento en el que se efectúa el despojo o la perturbación y en ningún caso desde que se tiene conocimiento de la misma⁵⁸².

Este presupuesto tiene como consecuencia que, en el transcurso del primer año de ocupación, el propietario del inmueble estará legitimado para interponer contra el usurpador la acción reseñada. Por el contrario, a partir del año desde el inicio de la ocupación, será el usurpador quien pueda ejercitarla si es perturbado o despojado de la posesión por el propietario del inmueble.

Así las cosas, puede concluirse que estas acciones posesorias permiten la tutela de la posesión del propietario que se ha visto despojado de su posesión, siempre que interponga la acción antes de que transcurra un año desde el despojo. No obstante, las mismas no constituyen una herramienta en manos únicamente del propietario del bien inmueble de que se trate, sino que puede ejercitarlas cualquier poseedor que haya dispuesto por más de un año de la posesión del bien (460.4.4º CC), contra cualquiera que le perturbe o le despoje de la misma por la vía de hecho. Así, cabría que las interpusiera el propietario del bien, como titular de la posesión sobre el mismo, cuando no ha transcurrido un año desde la usurpación, pero también el arrendatario, precarista o incluso el “okupa” que hayan sido afectados por conductas de hecho del propietario del inmueble, que supongan una perturbación o un despojo.

⁵⁸¹ Se trata de un plazo de caducidad apreciable de oficio y constituye un requisito a considerar, por el propio juez, para la admisión de la demanda. Este requisito se halla en conexión con lo dispuesto en el art. 460.4 CC, que establece que “el poseedor puede perder su posesión (...) 4º Por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiera durado más de un año”. Todo lo anterior indica que se trata de un plazo procesal de caducidad de acciones y no de un plazo de prescripción. Los plazos de caducidad son preclusivos y no se pueden interrumpir como los de la prescripción.

⁵⁸² SAP Palencia 211/2009, de 30 de junio (Mauricio Bugidos San José). La Audiencia declara que el requisito contenido en el actual art. 439.1 LEC es “consecuencia de lo que establece el art. 460.4, que dice que el poseedor puede perder su posesión por la posesión de otro, aún en contra de la voluntad del antiguo dueño, si la nueva posesión hubiere durado más de un año. La exégesis de ambos artículos que se ha hecho por la doctrina es casi unánime y el criterio dominante, en la interpretación de la naturaleza del plazo en cuestión, es sostener que el plazo del art. 1653 de la anterior legislación y el actual art. 439.1, de la nueva LEC es de caducidad. Se entiende que se trata de un plazo de caducidad, porque puede ser apreciado de oficio, no es susceptible de interrupción y así también porque el transcurso de plazo no supone la pérdida del derecho sobre la cosa, sino que simplemente impide su recuperación a través del procedimiento interdictal. (...) El inicio del plazo para el ejercicio de la acción se produce también desde el inicio del acto de perturbación o despojo, pues es desde cuando la posesión se ve perturbada en principio, cuando el plazo debe de contar”. También, SAP Lleida 271/1998, de 26 de mayo (Mónica Céspedes Cano); SAP Lleida 544/1998, de 5 de noviembre (Pedro Gómez Sánchez); SAP Madrid, de 22 de enero de 2002; SAP Lleida 382/2002, de 10 de julio (Ana Cristina Sainz Pereda); SAP Vizcaya 195/2005, de 7 de marzo (Ignacio Olaso Azpíroz).

Por otra parte, en cuanto a la eficacia de estos procedimientos, se observa una simplificación del proceso frente a la regulación anterior⁵⁸³. En este sentido, se elimina cualquier peculiaridad procedimental: 1. Se suprime el trámite de la información previa de testigos, que realmente era inútil. 2. Se crea la posibilidad de proponer cualquier tipo de prueba, sin el límite que se establecía en el art. 1656, en relación al art. 1644 de la anterior LEC⁵⁸⁴. Todo ello ha hecho ganar al procedimiento en simplicidad y celeridad.

III.2.B.b. Acciones de tutela de la posesión, ejercitables en procesos no estrictamente posesorios.

- ***El juicio verbal por precario.***

A partir de aquí, hay que preguntarse qué mecanismo civil tiene el propietario afectado por una ocupación de inmuebles para poder recuperar su posesión, cuando ya ha transcurrido el plazo de caducidad aludido y no puede interponer la acción posesoria indicada en los epígrafes anteriores. En estos casos, la legislación civil dispone de otra herramienta, que es de hecho la más frecuentemente utilizada en relación al tema estudiado: el juicio verbal por precario (art. 250.1.2º LECrim)⁵⁸⁵.

Actualmente, el término precario⁵⁸⁶ se refiere a “una situación de hecho o utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no corresponde al usuario, aunque se halle en la tenencia del mismo y, por tanto, se basa en la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque nunca se ha tenido o porque ello derive de la desaparición de una situación jurídica anterior”⁵⁸⁷. En función de lo anterior, son dos los

⁵⁸³ Véase el punto IV de la Exposición de Motivos de la reforma del año 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁸⁴ En el sentido de que las partes sólo podían proponer prueba de confesión, testifical y documental.

⁵⁸⁵ Según este precepto, se tramitarán por las normas del juicio verbal: “Las (demandas) que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca”. Al respecto de este procedimiento, véase ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal civil*, pp. 450-454.

⁵⁸⁶ El término “precario” procede del derecho romano. En el *Digesto* se definía el concepto reseñado como la graciosa concesión del uso de una cosa, mientras lo permite el dueño cedente. La doctrina jurisprudencial, por su parte, ha señalado reiteradamente que el concepto de precario, contenido en el art. 1565.3 de la LEC anterior, es más amplio que el romano y se extiende a las situaciones en las que, sin pagar meced, se goza de la posesión de un inmueble sin título para ello, ya fuere porque no se hubiera tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se hubiese perdido. Al respecto, DOMÉNECH GARRET, M^a. C., *Vademécum de derecho civil y procesal civil*, p.153.

⁵⁸⁷ No obstante lo anterior, parte de nuestra jurisprudencia señala que la actual redacción del art. 250.1.2º LEC, al regular el juicio verbal como un procedimiento especial por razón de la materia, recoge un concepto de precario más reducido que el presentado. Según la misma, el mencionado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de la finca cedida en

elementos caracterizadores del precario: 1- Posesión gratuita de un bien inmueble. 2- Carencia de título que justifique tal posesión. Según esta definición de precario, parece evidente que los actos de usurpación pacífica que acaban con la constitución de una ocupación tolerada del inmueble ajeno pueden incluirse en el marco de esta figura. Así, por ejemplo, en el caso de un inmueble que se ocupa sin mediar consentimiento expreso de su propietario, pero que es usado y disfrutado durante un periodo de tiempo largo sin que éste manifieste su oposición. En este sentido, entiendo que pasado el año desde la toma de posesión debería entenderse que se constituye el precario⁵⁸⁸.

Cierto sector de la doctrina⁵⁸⁹, en vista de las similitudes entre las figuras del precario y del comodato⁵⁹⁰, ha defendido que el primero se trata simplemente de “un comodato con una duración supeditada exclusivamente al arbitrio del comodante”. No obstante, aunque en relación a algunos supuestos las diferencias entre ambas instituciones no son claras, no ocurre lo mismo en referencia a los casos de usurpaciones pacíficas de inmuebles, que en la mayor parte de ocasiones se constituyen por actos de tolerancia del propietario y no, como exige el comodato, a raíz del acuerdo de voluntades entre las partes, denominadas comodante y comodatario. A pesar de lo anterior, creo que podría plantearse algún supuesto en el que se constituyera un comodato, a partir de la toma de posesión no consentida de un inmueble ajeno. Tal podría ser el caso de una familia que ocupa un inmueble sin consentimiento de su titular y que, cuando es requerida por éste

precario. Ello daría idea de una relación entre las partes, por la que una cede a otra el inmueble a título gratuito y a su ruego. Lo anterior conllevaría interpretar, que el legislador ha vuelto al antiguo concepto de precario, contenido en el cuerpo legal romano. Así, SAP St Cruz Tenerife 559/2002, de 20 de septiembre (González Delgado); SAP Palencia 34/2009, de 5 de febrero (Mauricio Bugidos San José); SAP Zamora 6/2001, de 18 de enero (María Esther González González). La anterior interpretación impediría incluir, en el marco de la figura del precario, las ocupaciones pacíficas de inmuebles en las que no existiera el acto de cesión aludido.

⁵⁸⁸ Durante el transcurso del primer año no existiría una situación de precario y se podría recurrir a las acciones posesorias comentadas en el epígrafe anterior, en virtud de lo dispuesto respecto a las mismas en el art. 439 LEC que dispone: “No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen en el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o despojo”.

⁵⁸⁹ SIMORRA OLLÉ, D./ SIMORRA OLLÉ, M., “El precario: La complejidad de una institución aparentemente simple”, pp. 2-3.

⁵⁹⁰ En todo caso, la STS 910/2008, de 2 de octubre (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), ha delimitado el contenido de ambas figuras. En este sentido ha expuesto que “cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista”. Y añade que “en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista”.

para abandonarlo, pide permiso para permanecer en el mismo hasta que acabe el invierno a fin de protegerse del frío. Si llegaran a un acuerdo con la propiedad, entiendo que se establecería un comodato por un plazo definido y, con el fin concreto, de que el inmueble sirva como protección frente al frío del invierno⁵⁹¹.

Una vez determinado el contenido del contrato de precario, parece importante detenerse a determinar cuáles son los requisitos constitutivos de esta institución:

1. Se ha de verificar si el actor reclamante de la posesión del bien ostenta un título que legitime tal reclamación. En el caso de las ocupaciones objeto de este estudio, el reclamante debería tener un título de propiedad sobre el bien inmueble en cuestión.
2. Debe existir identidad entre el objeto reclamado y aquél sobre el que se constituyó el precario. Cabría, por ejemplo, que con posterioridad a la toma de posesión no consentida de un inmueble ajeno, se personara el propietario del mismo y diera su conformidad con la ocupación, siempre y cuando se mantuviera cerrado y en desuso el espacio del garaje. Así, tal espacio no se podría entender comprendido en el marco del precario pactado.
3. En tercer lugar, debe examinarse si el poseedor está ejercitando la posesión sin título y sin pagar merced. Podría plantearse la duda de si el pago del agua, la luz o las cuotas comunitarias, por parte del poseedor consentido, excluiría la constitución del precario. La jurisprudencia mayoritaria ha resuelto la cuestión de forma clara, al declarar que el pago de tales conceptos no puede entenderse como equivalente a la satisfacción de una renta, puesto que “se efectúan en exclusivo provecho del ocupante del inmueble”⁵⁹².

⁵⁹¹ Es importante la concreción de tal limitación, dado que los cauces para resolver los conflictos generados a partir de situaciones derivadas de ambas figuras, se resuelven a través de procedimientos diversos. Así, la extinción de un precario y la consiguiente restitución del objeto a su legítimo propietario, se ventila por un procedimiento especial y sumario cual es el juicio de desahucio. Por su parte, el procedimiento declarativo a seguir para la recuperación del objeto por el comodante, previa extinción del comodato, quedará subordinado al valor del mismo. La situación llega al extremo de que, planteado un caso como juicio de desahucio por precario, el juzgador concluya que se trata de un comodato y lógicamente, dicte una sentencia absolutoria en la instancia por inadecuación del cauce procesal, obligando al demandante a plantear nuevamente la demanda por el juicio declaratorio correspondiente. En este sentido, SAP Murcia 536/2010, de 21 de octubre (Francisco José Carrillo Vinader).

⁵⁹² Al respecto, la STS 708/1996, de 5 de septiembre (Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) expone: “El hecho de pago de merced que excluye la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser tal entrega por cuenta propia y a título de merced, por arrendamiento constituido o presunto a favor del que paga y aceptada en tal concepto”. También, SAP León 178/2005, de 15 de febrero (Agustín Pedro Lobejón Martínez); SAP Alicante 310/2006, de 3 de marzo (José Teófilo Jiménez Morago).

Por otro lado, un tema que también parece interesante destacar, en relación a la institución del precario, es si puede dar derecho a la constitución de la usucapión. En este sentido no parece haber acuerdo en nuestra jurisprudencia. Así, parte de la doctrina de nuestros tribunales considera que, cuando el supuesto precarista no satisface ninguna renta, pero dispone de la vivienda en concepto de poseedor durante un periodo de tiempo largo y se responsabiliza del pago de contribuciones especiales y trabajos de mantenimiento del inmueble objeto de precario, todo ello puede constituir para el juzgador un indicio de una situación de adquisición de dominio del bien por prescripción⁵⁹³.

En sentido contrario se manifiesta otra parte de la jurisprudencia que establece que “la posesión del simple precarista no sirve para la usucapión, al no alterarse su naturaleza por el mayor o menor tiempo de la posesión en mero precario”⁵⁹⁴. Esta parte entiende que el precarista posee simplemente como beneficiario del propietario del bien, sin poder ejercer la posesión en concepto de dueño, como requiere la institución de la prescripción adquisitiva. Esta línea jurisprudencial se apoya asimismo en el art. 1942 CC, que, en sede de prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, establece que: “No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados por mera tolerancia del dueño”; siendo este supuesto el reflejado en la situación de precario.

A diferencia del proceso sumario referido al desahucio por falta de pago o expiración del contrato del apartado primero del art. 250 LEC, el desahucio por precario se desarrolla como un verdadero proceso plenario⁵⁹⁵. En el marco del mismo podrán debatirse, por los trámites del juicio verbal, con la amplitud que fuese necesaria y con plenitud de medios probatorios y efectos de cosa juzgada, todo lo referido a los títulos por los que se posee, sin posibilidad de acudir a un juicio plenario con posterioridad. La justificación de esta configuración del desahucio por precario como proceso plenario se motiva en el apartado XII de la propia Exposición de Motivos de la LEC de 2000: “La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio no configurar como sumarios los procesos en los que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad”⁵⁹⁶. Lo anterior se confirma, además, por la redacción del art. 447 LEC, que no contempla el procedimiento del precario como uno de los casos especiales que siguen la tramitación del juicio verbal y que no producen efectos de cosa juzgada debido a su sumariedad. En

⁵⁹³ STS de 30 de junio de 1953 (Saturnino López Pérez) y SAP Las Palmas 17/2006, de 17 de enero (Ángel Guzmán Montedescoa Acosta). En ambas sentencias se reconoce la posibilidad de usucapir por el precarista. No obstante, se descarta en los supuestos de hecho concretos, porque la posesión no se ha realizado en concepto de dueño.

⁵⁹⁴ SAP Baleares 251/2010, de 25 de junio (Antonia Paniza Fullana).

⁵⁹⁵ Es un procedimiento que se desarrolla con “apertura a plenas alegaciones y prueba” y que finaliza “con plena efectividad” (Motivo XII de la Exposición de Motivos de la LEC/2000).

⁵⁹⁶ Al respecto, BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, p. 350; OBÓN DÍAZ, A., “Regulación actual del proceso de desahucio: Especial referencia al desahucio por falta de pago como juicio rápido y sumario”, pp. 20-22; IBARRA SÁNCHEZ J. L., *Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio*, pp. 100-101.

este sentido, el carácter plenario del juicio de precario dota a la sentencia dimanante del mismo de la condición de “cosa juzgada”.

En cuanto a la legitimación activa para instar este procedimiento, la parte demandante deberá acreditar la titularidad de un derecho que le faculte para poseer el inmueble en cuestión. Asimismo, en función de lo dispuesto en el art. 217.2 LEC, la carga de la prueba de la ausencia de título por parte del demandado y de su consecuente condición de precarista debería corresponder también al demandante.

Dado el carácter plenario de este procedimiento, se hace evidente que su duración puede llegar a ser superior a la de la acción posesoria sumaria descrita en el apartado anterior. No obstante, en la práctica, lo cierto es que los precaristas tienen pocas alegaciones que formular en contra del desahucio, en los casos en los que el propietario del bien inmueble demuestra su titularidad sobre el mismo y, los indicios apuntan a la existencia de una relación de precario entre las partes del proceso. Cuando esto es así, la prueba se reduce y en consecuencia el procedimiento también.

En la práctica juicio verbal por precario acaba siendo el cajón de sastre donde se resuelven los conflictos derivados de la ocupación de inmuebles que no hallan solución en otros procedimientos. Así, permite el enjuiciamiento de las usurpaciones de inmuebles que se han prolongado durante largo tiempo sin que el propietario manifestara su disconformidad, de los casos de inmuebles “abandonados” y de aquellos que no constituyen vivienda⁵⁹⁷.

- ***El juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos.***

El art. 41 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria⁵⁹⁸ dispone: “Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a tales derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones basadas en la legitimación registral que reconoce el art. 38 LH, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente”. Por su parte y de manera concordante, el art. 250.1.7ª LEC establece: “Se decidirán por el juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que, instadas por los titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quien se oponga a ellos o perturbe su ejercicio, sin disponer de título inscrito

⁵⁹⁷ MARTÍ MARTÍ, J., “Proceso de desahucio frente a los colectivos ‘ocupas’”, pp. 5-8, se manifiesta crítico en relación a la postura dominante en nuestra jurisprudencia en cuanto a la exclusión del objeto del tipo de los inmuebles que no constituyen vivienda y considera que, dada esta interpretación, en estos supuestos el juicio por precario será el competente.

⁵⁹⁸ A partir de aquí, LH.

que legitime la oposición o la perturbación”⁵⁹⁹. Estos preceptos se refieren a una acción de carácter sumario, que vincula la existencia de la inscripción registral de un derecho, con la realidad fáctica de su ejercicio, sin tratar el trasfondo jurídico. Este último podrá obtenerse a través de un juicio plenario en el que se ejercite la acción real de naturaleza sustantiva y en el marco del cual puedan instarse las rectificaciones registrales pertinentes⁶⁰⁰. El fundamento de esta acción real registral se deriva de lo establecido en el art. 38 LH, que dispone: “A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo”. Su finalidad es instaurar o reestablecer la situación posesoria de conformidad con lo dispuesto en el Registro. Ahora bien, no se trata de una acción meramente declarativa, sino que el fallo de la sentencia que la estime impondrá la condena al demandado de cesar en los actos de perturbación o de oposición al derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad.

La particularidad del juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos es que impone la obligación de prestar una caución al demandado, si decide oponerse a la demanda. A lo anterior se añade el hecho de que las posibles causas de oposición por parte del demandado son limitadas⁶⁰¹. Ello, por supuesto, redundará en beneficio del demandante y hace de esta vía un cauce eficaz y rápido para la recuperación de la posesión usurpada. Por otra parte, frente al juicio verbal por precario y, al igual que las acciones posesorias de carácter sumario, no produce efectos de cosa juzgada. Así las cosas, la acción real registral constituye una vía, rápida y efectiva, de obtener la restitución de la posesión, en los casos en los que el afectado es el propietario del bien y así consta en el Registro de la Propiedad.

- ***La acción reivindicatoria.***

La acción reivindicatoria no es propiamente un mecanismo de protección de la posesión, si no del dominio (art. 544.1 CCCat y art. 348 CC)⁶⁰². No obstante, se trata en

⁵⁹⁹ En este sentido, un despojo de la posesión material sobre el inmueble que le es propio supone una perturbación en el derecho de dominio del propietario del mismo.

⁶⁰⁰ BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO, J. M. (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, pp. 328 y ss.; ASECIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal civil*, pp. 464 y ss.

⁶⁰¹ Al respecto, BUSTO LAGO, J. M., en EL MISMO (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, pp. 333 y ss.

⁶⁰² Junto a la acción reivindicatoria y, pese a no estar contemplada en ningún precepto, parte de nuestra doctrina reconoce el mantenimiento de la acción publiciana como propia e independiente de la acción reivindicatoria. En este sentido, entre otros, DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, pp. 113 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, pp. 350 y ss. Esta acción tendría el objeto de permitir recuperar al anterior poseedor, un bien del que lo posee actualmente, sin necesidad de demostrar la titularidad del mismo y tendría efectos de cosa juzgada. No obstante, al margen de la discusión sobre su admisibilidad o no en nuestro

este epígrafe porque también tiene como consecuencia la restitución de la posesión del inmueble al legítimo propietario⁶⁰³. Se trata de una acción real *erga omnes*, es decir, que se puede ejercitar contra todo aquél que perturbe el derecho de propiedad.

Para que se decida en favor de quien ejercita la acción reseñada deben concurrir tres requisitos⁶⁰⁴: 1. Que se demuestre la titularidad del bien. 2. Que exista una plena identificación entre el bien inmueble que se reivindica y aquél del que se acredita el derecho de dominio. 3. Que la cosa sea poseída ilegítimamente por aquél a quién se le reclama.

A diferencia de lo que ocurre con las acciones posesorias, el motivo de discusión no es quién es el poseedor actual, sino a quién corresponde el derecho a poseer la cosa. Por otra parte, la acción reivindicatoria no prescribe, salvo que se haya usucapido el derecho de dominio por un tercero. No obstante, el problema de ejercitar la acción reivindicatoria está en el hecho de que ésta se sustancia por el procedimiento ordinario y ello supone una mayor duración del proceso y en consecuencia una mayor dilación en la recuperación de la posesión de la cosa⁶⁰⁵. Entiendo que el ejercicio de esta acción, en los supuestos de usurpación de inmuebles, tendría sentido en el caso de que el propietario hubiere interpuesto una denuncia penal inicial, que hubiere acabado en absolucón o archivo. En este supuesto, podría haber transcurrido el plazo de un año que impone el ejercicio de las acciones posesorias y no cabría el juicio verbal por precario, por no haber existido tolerancia o consentimiento tácito. No obstante, de tener inscrito su derecho de dominio en el Registro de la Propiedad, será más ágil interponer demanda de juicio verbal en virtud del art. 250.1.7ª LEC. También considero que sería adecuado en los supuestos de ocupaciones de larga duración, respecto a las que pudiera plantearse un posible derecho de usucapión del usurpador. En este caso tendría sentido que el propietario deseara reafirmar su derecho de dominio además de recuperar la posesión del bien.

ordenamiento, lo cierto es que no sería de especial utilidad en los casos objeto de estudio en los que el afectado es el propietario, dado que éste podría acudir, sin problemas, a la acción reivindicatoria.

⁶⁰³ En efecto, si lo que se pretende es únicamente el reconocimiento del dominio deberá ejercitarse la acción declarativa.

⁶⁰⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, C. M./ MARTÍN JIMÉNEZ, J. J., *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles, Comentarios y formularios*, p. 471.

⁶⁰⁵ El procedimiento ordinario es de mayor complejidad que el juicio verbal. Se inicia con la interposición de la demanda a la que sigue el control del Secretario Judicial. Si éste verifica que los requisitos de la demanda se han cumplido (arts. 399 y 253 LEC), da traslado de la demanda al demandado, que puede contestar a la misma en el plazo de 20 días. También cabe que formule reconvenición. En este caso, la misma será trasladada al demandante para que, a su vez, conteste a la misma. A continuación se abre el trámite de la “audiencia previa al juicio”. El Secretario debe fijar, en los tres días siguientes a la contestación de la demanda o de la reconvenición, la fecha de esta audiencia en el término de 20 días. El Juicio se celebra un mes después de practicada la audiencia. Antes de que se dicte la sentencia aún cabe que se practiquen ciertas “diligencias finales”.

- ***Proceso sumario dirigido a la demolición de una obra ruinosas.***

El procedimiento sumario para demoler una obra ruinosas se prevé en el art. 250.1.6° LEC. No es un proceso destinado propiamente a la protección de la posesión, sino que se trata de un cauce procesal para la tutela preventiva de derechos e intereses de diversa índole, frente al peligro generado por la cosa ruinosas⁶⁰⁶. Aunque se configura como un procedimiento de tutela de la posesión, el proceso sumario para la demolición de obra ruinosas constituye un posible mecanismo que permite lograr la demolición de un inmueble, pese a hallarse ocupado. El fundamento de este procedimiento sumario está en lo dispuesto en los arts. 389 y ss. CC. En relación al tema que nos ocupa, interesa en concreto el art. 389 CC, que impone al propietario de un bien inmueble el deber preventivo de adoptar las medidas necesarias para conjurar el peligro que pueda representar el inmueble de su titularidad. Tales medidas podrán concretarse en la demolición del edificio en cuestión o en la realización de las obras pertinentes para evitar su caída. En función de lo anterior, el procedimiento estudiado se insta contra el propietario del bien en cuestión y tiene por finalidad acabar con la situación de riesgo para terceros que comporta el estado de deterioro de un determinado inmueble. Por consiguiente, para que se estime la demanda deberá existir un peligro de derrumbamiento o caída del inmueble que, de hacerse real, pudiera afectar a los intereses de terceros.

Dado que el propietario es el sujeto pasivo de la demanda, no podrá estar legitimado activamente para interponerla. En este sentido, este procedimiento no se articula como una herramienta en manos del propietario para obtener el desalojo del inmueble de su titularidad⁶⁰⁷. No obstante, puede dar lugar a este resultado⁶⁰⁸. Dado que respecto a los inmuebles objeto de usurpación, los ocupantes del mismo también pueden estar interesados en la conservación del inmueble, la demanda debería interponerse, no sólo contra el propietario, sino también contra éstos.

III.2.B.c. Conclusión.

Así las cosas, parece claro que el derecho civil ofrece suficientes mecanismos para hacer frente a los problemas generados por las ocupaciones pacíficas de inmuebles y para restaurar eficazmente al propietario en la posesión del inmueble objeto de litigio.

⁶⁰⁶ Al respecto, PEÑA LÓPEZ, F., en BUSTO LAGO, M. (dir.), *Acciones de protección de la posesión*, p. 472; ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal civil*, pp. 463 y ss.; CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, pp. 479 y ss.

⁶⁰⁷ Así, estos mecanismos podrán ser útiles sobretodo en la persona de los vecinos perjudicados doblemente por una usurpación próxima y por la peligrosidad que pueda representarles el inmueble objeto de usurpación.

⁶⁰⁸ Pese a no ser el propietario el titular de esta acción civil, se examina la misma en este epígrafe, porque uno de los resultados al que conduce es el desalojo del inmueble ocupado.

Como ya se ha visto, el art. 250.1 LEC recoge varios procedimientos que permiten la recuperación de la posesión. Así, los procesos posesorios sumarios (art. 250.1.4º LEC), a través de los que se brinda protección no sólo al propietario sino a cualquier tipo de poseedor. También los que resuelven el retorno de la posesión a su legítimo propietario en los casos de impago de alquileres (art. 250.1.1º LEC) y en los supuestos de precario (art. 250.1.2º LEC). Además, la tutela posesoria se amplía a través de la acción reivindicatoria (art. 348 LEC), publiciana y registral (art. 250.1.7º LEC).

En función de lo expuesto, el derecho civil resuelve conflictos posesorios a los que no alcanza el ámbito de aplicación de la ley penal. En este sentido, por ejemplo, los supuestos de impago de alquiler, los de precario⁶⁰⁹ o, aquellos casos, en los que el interesado en recuperar la posesión no es el titular dominical del inmueble en cuestión. Pero, también, la normativa civil permite la defensa de la posesión en circunstancias que entrarían dentro del ámbito de aplicación del tipo penal. Así, antes del transcurso de un año desde la ocupación, el propietario del inmueble afectado por una usurpación puede instar la acción posesoria sumaria (art. 250.1.4º LEC). Cuando ha pasado el plazo que marca el anterior límite temporal cabría la interposición del procedimiento de precario (art. 250.1.2º LEC), de la acción registral (art. 250.7º LEC) o de la acción reivindicatoria (art. 348 LEC).

En cuanto a la eficacia de los procedimientos apuntados, la duración de los mismos puede ser igual o inferior a la de los penales y cabe la adopción de la medida cautelar de desalojo, cuando se cumplen los requisitos para su aplicación al igual que en la jurisdicción penal. Respecto de las costas del proceso, el pago de las tasas judiciales está exento para las personas físicas desde el 1 de marzo de 2015. No obstante, el demandante únicamente podrá presentar demanda representado y defendido por procurador y abogado, lo que implica el pago de sus honorarios. Sin embargo, si no dispone de medios económicos al efecto, podrá resultar beneficiario de la justicia gratuita y, en todo caso, si la sentencia estima la demanda, la parte demandada será condenada en costas.

Todo lo anterior no hace sino confirmar que el art. 245.2 CP debe interpretarse de forma restrictiva y se ha de aplicar únicamente en aquellos supuestos que lesionan efectivamente la posesión del propietario sobre el bien inmueble del que es titular, en

⁶⁰⁹ Este procedimiento también sería el oportuno en los casos de inmuebles en estado de abandono en los que el propietario no ha mostrado su voluntad contraria hasta pasado un largo lapso de tiempo desde la ocupación. En estos supuestos, la tolerancia se presumiría otorgada tácitamente. Asimismo, tal y como manifiesta MARTÍ MARTÍ, J., “Proceso de desahucio frente a los colectivos ‘ocupas’”, pp. 5-8, aunque se muestra contrario, también sería el competente en los supuestos de ocupación de inmuebles que no constituyen vivienda.

atención a criterios de necesidad y merecimiento de pena, de conformidad con el principio de legalidad pero también de los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. En este sentido, el precepto penal estudiado no debería articularse primordialmente como un mecanismo para que el propietario recupere la posesión sobre el bien en cuestión, sino como herramienta preventiva y retributiva de protección del bien jurídico posesión, en relación a los ataques lesivos contra el mismo que denoten mayor relevancia.

III.2.C. Derecho penal versus derecho administrativo.

Parte de nuestra doctrina ha defendido la distinción sustancial entre los injustos penal y administrativo⁶¹⁰. Frente a esta postura, otros autores han manifestado que la diferenciación entre ambos no es de naturaleza esencial sino meramente cuantitativa⁶¹¹. No obstante, lo cierto es que, pese a la aparente contradicción entre ambos posicionamientos, ambas posturas no se hallan tan alejadas. En este sentido, los que niegan la distinción fundamental entre ambos órdenes coinciden en aceptar la necesidad de mantener un criterio formal de demarcación entre éstos, basado en los fines y funciones de cada uno de ellos y en la naturaleza y orientación de los injustos que describen con mayor regularidad⁶¹². Por su parte, los defensores de la existencia de una diferenciación sustancial, admiten que la realidad del derecho positivo no se corresponde con la de la distinción formal que se mantiene⁶¹³. Así, parece que respecto a la relación entre derecho administrativo y derecho penal existe una clara divergencia entre lo que debería ser y lo que *de facto* es.

⁶¹⁰ Así, FEIJO SÁNCHEZ, B. J., *Norvativización del derecho penal y realidad social*, p. 206, entiende que la pena es retribución de un hecho lesivo o peligroso para otros ámbitos de organización, mientras que la sanción administrativa sería una medida preventivo-instrumental (no retributiva) de prevención de riesgos o de inseguridad. Por su parte SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, p. 125, aboga por la distinción entre los injustos penal y administrativo. Así, expone que el derecho penal persigue proteger bienes jurídicos concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad y peligrosidad concreta. Por su parte, el derecho administrativo sancionador “persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial)” y sigue criterios de afectación general o estadística y se mueve por criterios de oportunidad y no de legalidad y “es el refuerzo de la ordinaria gestión de la administración”.

⁶¹¹ En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, pp. 1-10, quien entiende que, en el marco del derecho positivo, la distinción no es sustancial o cualitativa, sino cuantitativa e incluso, a veces, en el caso de penas de multa, ni siquiera es cuantitativa.

⁶¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto pena”, pp. 1-10.

⁶¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 125, denuncia los peligros de la expansión del derecho penal a costa del administrativo.

En este sentido, el derecho administrativo, como herramienta de gestión y organización para garantizar el normal funcionamiento de la convivencia social y de los órganos de administración, debería fundamentar las infracciones que describe en una finalidad instrumental-preventiva. Así, las infracciones administrativas podrían sancionar la creación de situaciones de peligro abstracto, para anticipar al máximo la tutela del normal funcionamiento de la convivencia social y de las instituciones. Esta anticipación de la protección y la consiguiente creación de infracciones de peligro abstracto, quedarían justificadas por unas sanciones menos gravosas que las penales. Por su parte, el derecho penal, presidido por los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, debería aplicarse, únicamente, en aquellos casos extremos de lesión efectiva de bienes jurídicos o de peligro concreto para los mismos, que se escaparían a la realidad cotidiana de la convivencia social. En estos casos, la pena actuaría como mecanismo preventivo, pero también retributivo.

No obstante, tal y como denuncia SILVA SÁNCHEZ, el derecho penal moderno se expande sobre ámbitos cuya regulación debería corresponder al derecho administrativo⁶¹⁴. Fruto de esta expansión, en la actualidad hay conductas que se prohíben doblemente a través de ambos cuerpos normativos. Tal es el caso, por ejemplo, del delito contra la seguridad del tránsito, de conducción bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes (art. 379 CP). En estos supuestos, la diferencia entre uno y otro ilícito radicaría en el mayor grado de gravedad de la conducta castigada en el orden penal, frente a la sancionada en el administrativo. Esta diferencia cuantitativa en el marco del injusto se proyectaría igualmente en relación a la distinción entre sanción administrativa y pena⁶¹⁵. En este sentido, aún en los casos en que el delito de que se tratare pudiera prever una pena de multa de un valor equivalente a la dispuesta por la sanción administrativa análoga, no puede olvidarse que la multa penal lleva aparejada la de arresto sustitutorio en caso de impago y que, además, la condena penal supone la atribución de antecedentes penales, con todas las consecuencias que éstos comportan en relación a futuras agravaciones de la pena o a la inaplicación del beneficio de la suspensión de la misma.

Dado que recientemente el derecho administrativo ha sancionado una conducta previamente tipificada en el art. 245.2 Código Penal, todo lo expuesto en los párrafos

⁶¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 125 y ss.

⁶¹⁵ En este sentido, aún subsiste una diferencia clara entre el orden penal y el administrativo, en relación a la mayor gravedad de las sanciones penales frente a las administrativas, que se traduce en una consiguiente y proporcional mayor gravedad, ya sea cuantitativa o cualitativa, de los injustos penales frente a los administrativos. Lo anterior da lugar asimismo a que el proceso penal sea más garantístico que el administrativo y sea enjuiciado desde el inicio por un órgano jurisdiccional. Así, debe tenerse en cuenta que el proceso administrativo es una herramienta que únicamente se emplea tras varias acciones puramente administrativas, en la que la persona sancionada no dispone de abogado y procurador y no ha sido oída.

precedentes será de utilidad para poder determinar qué supuestos de ocupación de inmuebles entrarán dentro del ámbito de aplicación del precepto administrativo y cuáles en el art. 245.2 CP. No obstante, ya puede avanzarse aquí, que el art. 37.7 de la LO 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad civil, con la frase *in fine* “cuando no sean constitutivas de infracción penal” establece una regla de subsidiariedad expresa. En este sentido, deberá partirse de la base de que el ámbito de aplicación del precepto penal estudiado se mantiene tal y como se ha configurado en la primera parte de este trabajo y la infracción administrativa deberá proyectarse sobre supuestos que no constituyan el delito previsto en el art. 245.2 CP. Por otra parte, lo anterior también tiene como consecuencia, que el propietario afectado por una usurpación de inmuebles tipificada en el art. 245.2 CP, no podrá acudir a la vía administrativa pues su conducta quedará excluida del ámbito de aplicación del injusto administrativo, por “ser constitutiva de infracción penal”.

III.2.D. El derecho administrativo respecto de las usurpaciones de inmuebles.

III.2.D.a. La ocupación de inmuebles en el derecho administrativo.

Como ya se ha indicado, a través del art. 37.7 LO 4/2015, el derecho administrativo introduce una infracción leve consistente en: “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”. Lo cierto es que esta previsión legal no puede dejar de sorprender. En primer lugar, porque se trata de la regulación de un conflicto que, como ya se ha visto, halla ya solución en dos ramas de nuestro ordenamiento. Además, en el marco del derecho penal se configura como tipo de lesión y en este sentido se enmarca dentro de la estructura del derecho penal tradicional.

En segundo término, porque del art. 37.7 LO 4/2015 *in fine* -“(…) cuando no sean constitutivas de infracción penal”.- se desprende que la voluntad del legislador es la de cubrir aquellos casos que no entran dentro del ámbito de aplicación del tipo penal y, por la redacción del precepto administrativo, los mismos parecen ser muy reducidos⁶¹⁶. En efecto, desde la perspectiva de las conductas descritas, la infracción administrativa es más restrictiva que su correlativa penal. En este sentido, la frase “(…) en ambos casos

⁶¹⁶ En principio podrían darse casos que a la vez pudieran considerarse un ataque a la posesión civil (dimensión particular) y un ataque a la seguridad ciudadana (dimensión pública). Sin embargo, la cláusula de subsidiariedad obliga a interpretar la infracción en la misma línea que el tipo penal, de manera que apenas tiene campo de aplicación.

contra la voluntad (...)” excluye de su ámbito de aplicación las ocupaciones “sin el consentimiento” que sí que serían merecedoras del reproche penal. Además traslada aquí el problema de determinar cuándo se entiende realizada la manifestación en contra y cómo puede entenderse probado el conocimiento de la misma por parte del que ocupa. Desde una perspectiva preventiva e instrumental quizá sería más adecuado el empleo de la expresión “sin el consentimiento” en relación a ambas conductas. En cuanto al objeto, sigue siendo el mismo, en cuanto a que los inmuebles objeto de ocupación sancionada son aquellos destinados a servir de vivienda. Lo anterior impediría apreciar la conducta respecto a ocupaciones de lugares públicos al aire libre como por ejemplo plazas o fincas (...). Llama la atención, no obstante, que se suprime respecto al análogo penal la expresión “que no constituyan morada”. Parece un descuido legislativo, sin embargo no puede uno dejar de preguntarse si cabría apreciar, en relación a la entrada y ocupación de un inmueble que constituya morada, el tipo de allanamiento de morada y la infracción estudiada, dada la diferencia de bienes jurídicos en juego⁶¹⁷. En cualquier caso, lo anterior no resolvería la cuestión relativa al porqué la ocupación de una vivienda que constituye morada encierra un menor desvalor que la de aquella que no lo es.

El único punto cuya diferencia respecto a su análogo penal resulta clara y supone una posibilidad de aplicación de la infracción a casos que se escapan al ámbito de aplicación del tipo penal, es la referencia subjetiva no sólo al propietario del inmueble, sino también al arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo. Lo anterior autorizaría a apreciar la infracción estudiada respecto de las ocupaciones y permanencias en inmuebles ajenos contra la voluntad del arrendatario o del titular de otro derecho sobre el mismo.

Así, según lo expuesto, únicamente cabría aplicar el derecho administrativo en los supuestos en los que se afectara con la ocupación el interés del arrendatario o de cualquier otro sujeto titular de un derecho sobre el inmueble. Sin embargo, en función de lo que se ha apuntado en el epígrafe anterior sobre la mayor gravedad de los injustos penales frente a los administrativos, parece que la voluntad del legislador fuera también la de sancionar aquellos supuestos que, por su menor lesividad, no entrarían dentro del

⁶¹⁷ El art. 3. de la LO 4/2015, establece que la ley pretende, entre otros fines: “a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico” y “c) La preservación de la convivencia y de la seguridad ciudadana”. Por otra parte, como ya se ha indicado, la cláusula de subsidiariedad que se establece en favor del derecho penal, obliga a interpretar la infracción administrativa en la misma línea que éste. Así, pues, entiendo que el art. 37.7 LO 4/2015 tiene como función la protección de la posesión civil, como facultad del derecho de propiedad, en la medida en que su ataque afecta a la seguridad ciudadana y al interés colectivo (dimensión pública propia del derecho administrativo). En cualquier caso, respecto a su posible aplicación junto con el tipo de allanamiento de morada, entiendo que ésta sería posible. En efecto, dada la diferencia de bienes jurídicos protegidos por la infracción administrativa y por este tipo penal, no se afectaría el principio de *ne bis in idem*.

ámbito de aplicación del tipo penal estudiado. Tal podría ser el caso de las ocupaciones clandestinas, que en función del art. 444 CC no permitirían la adquisición de la posesión y, por ello, no constituirían verdadera usurpación. Asimismo el de las ocupaciones toleradas, que además tampoco integrarían el tipo penal por tratarse de un ejercicio de la posesión en nombre ajeno. Por último, cabría plantearse la aplicación de la infracción a las denominadas por la jurisprudencia “ocupaciones esporádicas”. No obstante, como ya se ha expuesto, aquí se sostiene que los usos puntuales de un inmueble no constituyen verdaderas tomas de posesión y, en este sentido, no son verdaderas ocupaciones.

La sección tercera de la LO 4/2015 recoge la regulación del procedimiento sancionador aplicable a las infracciones recogidas en la misma. Según lo dispuesto en la normativa referida, con anterioridad a la incoación del procedimiento se permite la realización de aquellas actuaciones previas, encaminadas a determinar la naturaleza de los hechos y la identidad del sujeto que pudiere resultar responsable por los mismos (art. 48 LO 4/2015). Una vez se ha incoado el expediente, en función de lo dispuesto en el art. 49 LO 4/2015, el órgano competente para resolver está facultado para adoptar las medidas provisionales⁶¹⁸ que resulten necesarias para “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción o preservar la seguridad ciudadana, sin que en ningún caso puedan tener carácter sancionador”. A continuación, en este mismo precepto se recoge un abanico de medidas que, en virtud de la expresión “podrán consistir especialmente en:” del art. 49.1 LO 4/2015 *in fine*, al menos en apariencia no son *numerus clausus*. No obstante, no debe olvidarse que la medida de desalojo supone, en los casos en los que el inmueble se ha constituido en morada de quien lo ocupó, una vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. En este sentido, la simple entrada en un inmueble de estas características necesitaría de una orden judicial habilitadora que no podría ser emitida por la administración unilateralmente. Y, además, el desalojo del mismo resultaría una medida desproporcionada en relación a una infracción calificada como leve⁶¹⁹.

Finalmente debe recordarse que, a diferencia de lo que ocurre en el orden penal, la incoación del expediente administrativo supondrá una resolución dictada por un órgano no judicial. Únicamente cuando acaba la vía administrativa con sus correspondientes recursos puede accederse a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Según lo expuesto, parece que si se agotan todos los recursos posibles administrativos y contenciosos, el procedimiento administrativo puede llegar a dilatarse bastante en el tiempo. Por ello, parece que lo que aquí es relevante es si la administración adoptará en la práctica la medida provisional de desalojo de los inmuebles objeto de ocupación. Al respecto, aquí se ha defendido que la administración no está legitimada para adoptar una medida restrictiva de derechos que no se halla específicamente prevista en la ley y que,

⁶¹⁸ Entiendo que la nomenclatura es acertada, ya que dadas las finalidades que se les atribuye, no pueden ser calificadas de medidas cautelares o preventivas.

⁶¹⁹ El propio art. 49 LO 4/2015 establece que: “Dichas medidas serán proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción (...)”.

además, resulta desproporcionada en atención a la lesión que supone para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Considero que lo anterior sería también de aplicación a la vía contencioso-administrativa, de nuevo en atención a criterios de proporcionalidad. En virtud de lo anterior, puede concluirse que la vía administrativa no constituye un mecanismo rápido en aras a la recuperación de la posesión, por parte del propietario afectado por una ocupación. Por otra parte, la sanción prevista para las infracciones leves -multa de 100 a 600 euros-, no resulta un elemento disuasorio relevante, ya que el pago mensual del alquiler de un inmueble supera con mucho esta cantidad.

III.2.D.b. El derecho administrativo respecto de los inmuebles en estado de ruina.

En este epígrafe se presenta la regulación administrativa respecto de los casos de ocupación de inmuebles en estado de ruina⁶²⁰. Debe precisarse al respecto de este concepto, que no es equivalente al de inmueble abandonado. Imagínese, en este sentido, el caso de un inmueble cuyo propietario carece de los medios pertinentes para proceder a su restauración, pero que lo pone en venta para que quien lo adquiera decida la reforma o el derribo.

Con respecto a la ocupación de estos inmuebles cabrían tres opciones: 1. Interponer denuncia por la vía penal cuando, a pesar del estado de deterioro del inmueble, éste no estuviera abandonado. Lo anterior podría ocurrir, por ejemplo, cuando el propietario se hallara esperando una licencia de obras o pretendiera vender el inmueble. 2. Instar una demanda civil para conseguir el derribo de la finca, en los casos en los que el estado de ésta puede suponer un riesgo para terceros⁶²¹. 3. Finalmente, podrá recurrirse a la vía administrativa, también cuando el grado de deterioro del inmueble puede resultar peligroso para las personas que lo habitan o para terceros que transitan por su entorno. En estos casos, el referido inmueble puede ser declarado en ruina a través del derecho

⁶²⁰ La normativa legal sobre la materia queda recogida, casi con exclusividad, en el art. 247 Texto Refundido de la Ley del Suelo del año 1992, a partir de aquí, TRLS. No obstante, el Tribunal Supremo ha elaborado una abundantísima doctrina. En este sentido, STS 934/2007, de 10 de septiembre (José Almagro Nosete); STS 679/2008, de 16 de julio (Román García Varela); STS 808/2011, de 21 de noviembre (Francisco Marín Casas), establecen que el concepto de estado ruinoso de una edificación, constituye un concepto jurídico indeterminado. Se trata de un criterio de valor y de experiencia del que se derivan una serie de consecuencias jurídicas. Para ser aplicable a una construcción, requiere la cumplida prueba de encontrarse ésta comprendida en alguno de los casos que se recogen en el art. 247 TRLS. Respecto a los mismos, el Tribunal Supremo entiende que no es necesaria la concurrencia de todos ellos, sino que basta con que el supuesto de hecho sea encuadrable en uno solo de ellos para que la pretensión de declaración de ruina prospere. En este sentido, STS 1223/1985, de 22 de febrero (Vicente Marín Ruiz); STS 8512/1993, de 22 de noviembre (Jaime Barrio Iglesias); STS 4526/1993, de 14 de junio (Jaime Barrio Iglesias).

⁶²¹ Ya se ha analizado esta vía en el marco de los procedimientos civiles para la recuperación de la posesión.

administrativo y ello puede tener como consecuencia el desalojo de los ocupantes del mismo. Para los propietarios afectados por una usurpación, podría ser ventajosa la obtención de la declaración de ruina de su inmueble ocupado, a los efectos de conseguir el derribo del mismo, el consiguiente desalojo forzoso de los inquilinos indeseados y la posibilidad de disponer libremente del solar afectado⁶²².

No obstante lo anterior, en este caso, como ocurre en el procedimiento civil análogo, no se trata de una acción posesoria mediante la que se discute quién ejerce la posesión material del inmueble en ese momento, si lo hace o no con justo título, ni si está afectando con ello un derecho legítimo del propietario del inmueble. Y ni siquiera se trata de una herramienta en manos del propietario para poder poner fin a la usurpación, ya que éste es el sujeto pasivo de la demanda o de la denuncia administrativa y, en este sentido, no podrá estar legitimado activamente para interponer una u otra. Por el contrario, este mecanismo podrá ser útil sobre todo para los vecinos perjudicados doblemente por una usurpación próxima y por la peligrosidad que pueda representarles el inmueble objeto de usurpación⁶²³. De esta forma, instando uno de estos procedimientos, pueden acabar al mismo tiempo con el riesgo que pudiere representar la caída del inmueble que amenazare ruina y con los perjuicios que pudiere causarles la ocupación del mismo. Pese a no ser el propietario, el titular de esta acción, la misma se tratado en este epígrafe, porque uno de los resultados a los que conduce es el desalojo del inmueble ocupado.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL DERECHO PROCESAL PENAL RESPECTO DE LAS USURPACIONES DE INMUEBLES.

En el capítulo anterior se ha llamado la atención sobre la existencia de una pluralidad de cauces que regulan los conflictos derivados de las usurpaciones de inmuebles -civil, administrativo y penal-. A la vista de lo anterior, se han examinado las previsiones civiles y administrativas en la materia y se ha valorado su eficacia como mecanismos de tutela de la posesión del propietario, ya sea de forma directa o indirecta y como vía de resolución de los conflictos derivados de las ocupaciones de inmuebles. A continuación, en el presente capítulo, se centrará ya el análisis en el derecho procesal penal, en relación al enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el art. 245.2 CP.

⁶²² Hasta el momento, casi toda la jurisprudencia surge de recursos interpuestos por los propietarios que pretenden la declaración formal de ruina, con el fin de extinguir los contratos de arrendamiento, al amparo de lo previsto en el art. 114.10 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, a partir de aquí, LAU.

⁶²³ Éstos, por otra parte, se hallan bastante desamparados frente a una usurpación que les perjudica si el propietario del inmueble ocupado no insta acción alguna contra la misma.

I. Cuestiones procesales previas.

I.1. La normativa de reparto de los juzgados de instrucción y penales.

Antes de entrar en el análisis del proceso penal propiamente dicho, interesa referirse brevemente a la que podría calificarse de “antesala del proceso penal”: el sistema de repartición de asuntos de naturaleza penal⁶²⁴. Lo que interesa, en este sentido, es determinar si hay juzgados concretos que instruyen y conocen de los casos de usurpaciones pacíficas o si, por el contrario, el sistema que se sigue en la determinación de los juzgados de instrucción y penales que conocen de esta clase de asuntos es aleatoria. Asimismo, es relevante saber si en la guardia es posible decretar el desalojo de un inmueble usurpado. Por último, es importante determinar si a cada juzgado de instrucción le corresponde un juzgado penal o si la determinación de este último no va ligada al número de juzgado que haya instruido el caso.

Lo anterior es interesante, en la medida en que aunque todos los ciudadanos tienen derecho a un juez imparcial, lo cierto es que el juzgador es un ser humano y, como tal, no es una *tabula rasa* sino que de partida tiene una opinión propia. Así, en relación al tema de la usurpación pacífica de inmuebles, la asociación judicial denominada “Jueces para la Democracia” abogó, en el momento de tipificación de la conducta, por la derogación del art. 245.2 CP, aunque no llegó a plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del mencionado precepto.

Para ilustrar la cuestión puede indicarse que, por ejemplo, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona siempre absuelve a los autores de las ocupaciones de inmuebles alegando diferentes motivos⁶²⁵: ya sea por apreciar el estado de necesidad, o por interpretar de forma muy restrictiva el tipo en cuestión⁶²⁶. Por lo anterior, puede resultar interesante si

⁶²⁴ La información que consta en este apartado se ha extraído a partir de las bases de datos del decanato de Barcelona consultadas presencialmente.

⁶²⁵ Esta información se ha extraído consultando la base de datos del repertorio de jurisprudencia Westlaw Aranzadi.

⁶²⁶ Así, la SJP nº 3 de Barcelona, de 6 de marzo de 2000 (Santiago Vidal Marsal), absuelve a unos inmigrantes africanos que ocupan un inmueble ajeno, por entender que no concurre el requisito de permanencia, ni existe previo requerimiento del propietario manifestando su voluntad de abandono del inmueble por sus ocupantes ilegítimos. También la SJP nº 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal Marsal), absuelve a varios sujetos que ocupan un inmueble ajeno, por entender que, dada la duración de la ocupación, sin que el propietario manifestara su oposición a la misma, debe presumirse el consentimiento tácito de éste y la ausencia de perjuicio. Además el Juzgado critica el empleo fraudulento del procedimiento penal, para resolver cuestiones de naturaleza civil. Por último la SJP nº 3 de Barcelona, de 31 de mayo (Santiago Vidal Marsal) absuelve a miembros del colectivo “okupa” que se

hay algún mecanismo que permita conocer de antemano cuál es el juzgado que instruirá o que resolverá un determinado supuesto de usurpación.

I.1.A. Repartición de asuntos entre los juzgados de instrucción.

Para abordar el tema de la repartición de asuntos entre los juzgados de instrucción se utiliza como referencia la normativa de reparto que consta en el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁶²⁷. En virtud de la reglamentación reseñada, cada día prestan el servicio de guardia cinco juzgados, uno de incidencias, tres de detenidos y uno de enjuiciamiento inmediato de faltas (art. 48.2 del Reglamento referenciado).

El servicio de guardia de incidencia y de detenidos es de 9 horas a 21 horas y se realiza por todos los juzgados de instrucción de Barcelona, siguiendo el orden correspondiente a su numeración. La distribución de asuntos entre los juzgados de detenidos va en función de la comisaría de procedencia del asunto. A parte de la regla anterior, el Juzgado de Detenidos nº. 1 conoce de las diligencias que se instruyen única y exclusivamente en virtud de órdenes de detención y órdenes de busca y captura nacionales e internacionales, con independencia de la zona de procedencia.

También de los atestados que pudiera llegar a presentar el Grupo de Policía Judicial de la Guardia Civil. Así mismo, este juzgado asume la competencia para cumplimentar las peticiones de auxilio jurisdiccional, pero no procede a su reparto. Por último, resuelve los cinco primeros atestados por delito contra la seguridad vial del art. 384 CP. Por su parte, el Juzgado de Detenidos nº 2 conoce de los atestados procedentes de *Ciutat Vella* y *Grup Transport Públic*, así como de los cinco siguientes posibles atestados por delito contra la seguridad vial. Finalmente, el Juzgado de Detenidos nº 3 se ocupa del resto de atestados por delito contra la seguridad vial, cuyo límite diario es de 15. También se le atribuyen los asuntos derivados de detenciones efectuadas en los barrios de Les Corts, Sants-Montjuic y Sarriá-St. Gervasi, de los atestados procedentes de los distintos grupos policiales de los Mossos de Escuadra del área regional de investigación, de los de la Policía Nacional y de los de la Guardia Urbana.

En el marco del delito de usurpación pacífica de inmuebles, cabe la detención por particular únicamente con anterioridad a la consumación de la conducta o en los momentos inmediatamente posteriores a la misma. En las mismas circunstancias apuntadas respecto a la detención por particular, se articula también la policial, en

instalan en un inmueble ajeno, por entender que el mismo se hallaba en estado de abandono y que con la usurpación se le estaba dotando de un fin social.

⁶²⁷ Redactado por Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE 10/03/03). En adelante, Reglamento 5/1995.

función de lo dispuesto en el art. 492 LECrim, en relación al art. 490 LECrim⁶²⁸. No obstante, la policía también está facultada para detener, cuando existe autorización judicial para entrar en el inmueble usurpado a los efectos de identificar a sus ocupantes y éstos se niegan a ello⁶²⁹. En cualquiera de estos casos, una vez el autor de los hechos pasa a disposición judicial, lo hará al juzgado de detenidos que corresponda en función de la comisaría en la que se haya efectuado la detención. Como ya se ha indicado, la determinación del juzgado de instrucción concreto que desempeñe en ese día las funciones de guardia, dependerá de la fecha en cuestión.

En el resto de los casos, las denuncias por usurpación son atendidas por el Juzgado de Incidencias. Este juzgado es el competente para conocer y tramitar las diligencias que se inicien por hechos delictivos, producidos durante el tiempo de prestación del servicio de guardia y de las 72 horas anteriores al comienzo de la misma, salvo en los casos de violencia doméstica, que se rigen por normas especiales. Si se ignora el momento en que ocurrió el hecho y no existe dato alguno que permita afirmar que sucedió antes de las 72 horas inmediatamente anteriores a la entrada de la “noticia *criminis*” en el juzgado de guardia, se entenderá que se realizó antes de las referidas 72 horas, a los efectos de determinar la competencia. Lo anterior impediría, en un hipotético caso de usurpación, que la asistencia letrada del propietario, conociendo que un juzgado de instrucción en concreto es propenso a decretar desalojos cautelares, esperara a formalizar la denuncia hasta que éste estuviera de guardia de incidencias. En cambio, sí que sería posible que los sujetos, que quisieran llevar a cabo una usurpación, esperaran a que hiciera la guardia de incidencias un juzgado poco propicio a dictar la medida cautelar apuntada.

Por otra parte, en los supuestos de hechos generadores de situaciones antijurídicas calificables como delitos permanentes, como es el caso de la segunda modalidad típica del artículo 245.2 CP., los asuntos se repartirán aplicando la norma general sobre competencia por razón de la fecha del hecho, pero atendiendo, exclusivamente, al momento de inicio de la situación antijurídica; es decir, desde que se consuma el hecho delictivo. No obstante, la aplicación de esta regla debe matizarse en relación a la segunda modalidad típica, porque, en el marco de la misma, generalmente se entiende que la recepción de la notificación de la denuncia, por parte de los usurpadores, es lo que permite presumir su conocimiento de la disconformidad del propietario con la ocupación y el consiguiente inicio de la situación antijurídica. Así las cosas, la regla general expuesta no resulta válida en estos supuestos. En efecto, si la denuncia ha sido

⁶²⁸ No obstante, la detención no puede quedar legitimada si se acepta la configuración del delito de usurpación como leve. Al respecto véase III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁶²⁹ Al respecto *supra* II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva y III.1.B.a. La actuación policial.

notificada, ya se ha efectuado el reparto, con lo cual el posterior inicio de la situación de la conducta no es relevante de cara a la determinación del juzgado competente. Así, en relación a la segunda conducta típica, debe atenderse a la fecha de interposición de la denuncia, para establecer a qué juzgado compete instruir el asunto. Según lo expuesto, en este caso la parte actora podría esperar a interponer la denuncia cuando hubiera de guardia de incidencias un juzgado propenso al desalojo cautelar.

De todo lo expuesto puede concluirse que no hay juzgados de instrucción concretos que tengan la competencia de instruir los casos de usurpación del art. 245.2 CP. Lo importante en la determinación del juzgado, en el caso de las usurpaciones, será el lugar de comisión de los hechos y la fecha de los mismos, pero no su naturaleza. No obstante, como ya se ha expuesto, la normativa referida da margen tanto a la propiedad como a los usurpadores, para determinar la competencia de un juez en teoría más propenso a sus intereses.

1.1.B. Juzgados penales.

El reparto de los asuntos, entre los diferentes juzgados penales, se realiza por un sistema informático, que está parametrizado de forma que garantiza una distribución aleatoria y equitativa de las causas entre los órganos judiciales, que en todo caso se debe llevar a cabo con sistema de arrastre, sin vincularse al año natural⁶³⁰. La modificación debe determinarse por la junta de jueces de lo penal correspondiente. Cada causa repartida cuenta con una plantilla que expresa el juzgado al que le ha correspondido y la fecha de reparto, además de las otras anotaciones oportunas que hayan servido de base para su clasificación. El mismo sistema informático de distribución aleatoria se sigue en relación a los juzgados penales de ejecutorias. En virtud de todo lo expuesto puede concluirse que, al igual que el sistema de reparto en sede de instrucción, también el correspondiente a los juzgados penales y de ejecución se efectúa de forma completamente aleatoria.

⁶³⁰ En virtud de Acuerdo de la Junta de Jueces de lo penal 368/92-II, de 11 de mayo de 2010, todos los asuntos que se sometan al sistema de reparto de los juzgados penales son divididos en dos categorías. La primera atañe a la totalidad de los procedimientos abreviados y urgentes y a su vez se subdivide en seis grupos: 1º. Procedimientos con más de veinte partes; 2º. Procedimientos con más de diez y hasta veinte partes; 3º. Hacienda Pública, Imprudencias profesionales, Delitos Societarios, Delitos contra la Seguridad e Higiene en el Trabajo; 4º. Juicios rápidos; 5º. Juicios con preso que no sean rápidos, sobre cualquier materia; 6ª. Resto de procedimientos. La segunda clase de procedimientos se refiere a los despachos de cooperación judicial y otros, siempre que el trámite sea anterior a la firmeza de la sentencia. En función de la anterior clasificación, las usurpaciones pacíficas de inmuebles entrarían dentro de la primera categoría, pues su enjuiciamiento se sustancia generalmente como procedimiento abreviado. En el marco de este primer grupo de casos, pertenecería a la sexta y última sección.

1.2. Las partes en el procedimiento penal.

1.2.A. Las partes acusadoras.

1.2.A.a. El Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal es una parte esencial en el proceso penal, que tiene por funciones (arts. 124 CE y 435 LOPJ): 1. Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público protegido por la ley. Esta actividad puede ser promovida de oficio o a petición de los interesados. 2. Velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social⁶³¹. El Ministerio Fiscal puede ejercitar la acción penal *ex officio*. No obstante, esta facultad quiebra en el caso de los delitos perseguibles a instancia de parte, dado que éstos únicamente pueden ser enjuiciados previa querrela del ofendido. Una vez ésta se interpone, el Fiscal debe acusar si lo estima procedente. Lo interesante en el marco del delito de usurpación pacífica de inmuebles es que, pese a enmarcarse dentro de la categoría de delitos públicos, en la práctica únicamente progresan las denuncias instadas por el propietario del inmueble afectado. Cuando la denuncia es incoada por un testigo de los hechos, un vecino por ejemplo, se inicia una labor policial de averiguación de los datos del propietario del inmueble. Una vez localizado éste, se le informa de la situación y se le ofrece el ejercicio de la acción penal. En el caso de que no esté interesado en la misma, el fiscal no persigue el delito. Pese a la posible sorpresa inicial, lo cierto es que lo anterior tiene sentido a la vista de que la tipicidad de las conductas estudiadas se condiciona a la falta de consentimiento del propietario en la primera y a la voluntad contraria de éste en la segunda. Por ello, si el propietario no está interesado en formular denuncia o querrela, se presume el consentimiento tácito y la constitución de la institución del precario con respecto del mismo. La cuestión pasa así a ser un tema de naturaleza civil. En definitiva, el delito del art. 245.2 CP es, en la práctica, un delito semipúblico.

1.2.A.b. El acusador popular.

La acusación popular (art. 101 LECrim)⁶³² se refiere a una acción pública ejercida por particulares, en virtud de la cual todo ciudadano español, sin ser ofendido por el delito

⁶³¹ Estas funciones deben ser desarrolladas en observancia de los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica, en el marco de los requisitos de legalidad e imparcialidad. En este sentido, véase por todos, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 106; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 80.

⁶³² Esta figura se constitucionalizó, junto al jurado, en el art. 125 CE y ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional: STC 311/2006, de 23 de octubre (María Emilia Casas Baaamonde); STC

de que se trate, puede instar la actuación jurisdiccional a través de querrela⁶³³. La función de esta institución es la defensa del interés general del conjunto de la sociedad, no de la esfera de derechos individuales⁶³⁴. En función de lo expuesto, en relación al delito estudiado cabría la acción popular. No obstante, en la práctica la misma no progresará, por las mismas razones aducidas en el apartado anterior. En efecto, la necesidad de que queden probadas la falta de consentimiento del propietario o su voluntad en contra de la usurpación, así como la ausencia de abandono del inmueble, dan lugar a que la incoación del procedimiento por parte del propietario adquiera gran relevancia.

I.2.A.c. El acusador particular.

El acusador particular es aquella persona, física o jurídica, española o extranjera, titular del bien jurídico tutelado por la norma penal y ofendida por el delito, que decide constituirse en parte activa del proceso penal, instando el castigo del responsable⁶³⁵. El presupuesto de la legitimación activa, para poder comparecer como acusador particular, viene determinado, precisamente, por la titularidad sobre el bien jurídico afectado. Dado que el bien jurídico protegido por el tipo estudiado es la posesión civil, únicamente podrá constituirse en acusador particular el propietario del bien inmueble usurpado.

Es importante señalar la diferencia entre ofendido y perjudicado. Este último es aquél, que sin ser titular del bien jurídico protegido por el tipo, se ve afectado indirectamente por el mismo. En el caso del delito objeto de análisis, podría ser perjudicado el vecino del inmueble colindante al usurpado. El perjudicado no podrá comparecer como acusación particular en el proceso, en la medida en que no es directamente ofendido por el mismo.

154/1997, de 29 de septiembre (Alvaro Rodríguez Bereijo); STC 37/1993, de 8 de febrero (José Vicente Gimeno Sendra).

⁶³³ Al respecto, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 102-103; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 83-85.

⁶³⁴ No obstante, lo cierto es que, sin modificar el art. 125 CE y los artículos correspondientes a la regulación de la figura de la acusación popular, no parece plausible hacer depender el ejercicio de un derecho de este rango, al hecho de que se trate de un determinado delito. La STS 54/2008, de 8 de abril (Manuel Marchena Gómez), conocida como “doctrina Atutxa”, señala que la petición de incoación de la fase instructora del proceso penal y la solicitud de apertura del juicio oral, pueden conducir a tales fines incluso mediando la oposición del Ministerio Fiscal. Se han dirigido numerosas críticas contra esta figura, por quienes han entendido que la utilización indiscriminada de la misma ha desnaturalizado las finalidades del proceso penal, al atender en muchas ocasiones a fines particulares. Al respecto, GIMENO SENDRA, V., “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos ‘BOTÍN’ y ‘ATUTXA’”, p. 6; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 83; En el caso de las usurpaciones, el ejercicio de la acción penal podría instarse por algún vecino que no atendiese a los intereses de la colectividad, sino a su interés particular de no tener en su barrio cierto tipo de gente.

⁶³⁵ Véase, por todos, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 102; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 85.

Por su parte, el ofendido por el delito puede constituirse como parte de dos maneras: 1. De forma originaria, formulando querrela (art. 270.1 LECrim) 2. Adhiriéndose a la causa ya iniciada, a través del ofrecimiento de acciones o de su personación dentro de la fase instructora (arts. 109 y 110 LECrim)⁶³⁶.

En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, la figura del ofendido corresponde al propietario que tiene legítimamente la posesión material del inmueble usurpado. Su papel es primordial en la medida en que, como ya se ha indicado, el fiscal no acusa de oficio si no existe una acción inicial por parte del ofendido. Cuando la policía tiene conocimiento del hecho delictivo con anterioridad al propietario del inmueble, deberá investigar los datos de éste, ponerse en contacto con el mismo y efectuar el correspondiente ofrecimiento de acciones.

1.2.B. Las partes acusadas.

1.2.B.a. El imputado.

El imputado⁶³⁷ es la parte pasiva necesaria, frente a la que se ejercita la acción penal y se dirige el proceso⁶³⁸. En el marco del tema objeto de estudio, el que presuntamente ha ocupado un inmueble ajeno sin el consentimiento del titular o se ha mantenido en el mismo contra su voluntad. Como se verá, su determinación es esencial para poder iniciar la fase del juicio oral. No obstante, es en la fase de instrucción en la que se deben realizar las labores de averiguación necesarias para fijar los datos del imputado. Sin embargo, en el marco de los procedimientos de usurpación de inmuebles, la tarea de identificación del imputado puede llegar a revestir una gran complejidad. A partir de la reforma operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y que entra en vigor el 6 de diciembre de 2015, el término “imputado” es sustituido por el de “investigado” o “encausado”⁶³⁹.

⁶³⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 103-104.

⁶³⁷ A lo largo del proceso esta figura pasa por diversas situaciones jurídicas. En virtud de cada una de ellas, recibe diferentes nomenclaturas en la LECrim: “inculcado” (art. 368); “presunto culpable” (371); “procesado” (373); “reo” (448); “persona a la que se le imputa un acto punible” (486); “querrellado” (272); “acusado” (687); “imputado” (771.2º).

⁶³⁸ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 103; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 89.

⁶³⁹ La exposición de motivos de la LO 13/2015, en su apartado V establece que el término “investigado” “servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito” y que “encausado” se refiere a “aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa,

1.3. El objeto del proceso penal.

El objeto del proceso penal se limita desde una doble perspectiva subjetivo-objetiva. Desde el punto de vista subjetivo, la acción penal se refiere a la persona de acusado. En este sentido se entiende que hay tantas acciones como personas contra las que se dirige la acusación, aunque el hecho punible sea único. En el caso de las usurpaciones pacíficas de inmueble es frecuente hallar varios participantes en las conductas típicas, que comparten la autoría de los hechos. Contra cada uno de ellos debe instarse una acción en el marco del mismo proceso. En cuanto a las partes acusadoras, éstas son indiferentes respecto de la delimitación.

Desde el punto de vista objetivo, la acción penal debe identificarse por el hecho punible⁶⁴⁰ como identificación fáctica⁶⁴¹. Así las cosas, en el caso del delito de usurpación estudiado, el objeto del proceso lo constituyen el conjunto de actos de ejecución, tendente a lograr la ocupación o el mantenimiento en la misma y, consecuentemente, destinado a perjudicar la posesión del propietario del inmueble.

Una vez se ejerce la acusación, el objeto deviene inmutable. Esta inmutabilidad hace que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la acusación sea irrevocable (art. 742.1 LECrim) y la sentencia deba pronunciarse sobre el fondo del asunto, absolviendo o condenando. En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, cuando los hechos que llegan a conocimiento del juez se corresponden al momento de entrada en un inmueble ajeno, es posible que los mismos revistan la apariencia de robo o de allanamiento de morada⁶⁴². Lo anterior puede resultar en la incoación del procedimiento del juicio

imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto". El art. 21 de la misma ley, también se refiere a esta cuestión.

⁶⁴⁰ Según GOMEZ COLOMER, J. L., citado por ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p. 105, se entiende que se está ante un mismo hecho: 1º) cuando en el sentido expresado en la teoría normativa, exista identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo penal; y 2º) cuando, aún sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo. Esta definición permite superar las dificultades presentadas por las teorías "naturalista" y "normativa".

⁶⁴¹ En un momento posterior, la acción penal se corresponde con el título de condena, que es la fundamentación jurídica.

⁶⁴² El delito de robo implica el desplazamiento de una cosa mueble, del patrimonio del legítimo propietario, al del autor del hecho típico. Al contrario de lo anterior, la usurpación que venimos estudiando, se predica de cosas inmuebles. Aunque se trata también de un acto de apoderamiento, la usurpación afecta a la posesión y no a la propiedad. En cuanto al tipo de allanamiento de morada, se diferencia del de usurpación en que afecta a bienes inmuebles que constituyen morada. No obstante, la diferencia entre estas figuras, en ocasiones se pueden plantear dudas a la hora de aplicar uno u otro tipo. Por ejemplo, pueden surgir problemas en las primeras fases de ejecución del tipo de usurpación, en la medida en que el acto de ocupación puede revestir la apariencia de una tentativa de robo con fuerza. También, en relación a los allanamientos de morada de segundas residencias, en los que los autores de los hechos pensaban que se trataba de un inmueble deshabitado.

rápido. En estos casos, suele ocurrir que la Fiscalía presenta escrito de calificación en el juzgado de guardia de detenidos, acusando por delito de robo o de allanamiento, sin que se realice ninguna labor instructora. No obstante, la inmutabilidad del objeto afecta al *factum* y no la calificación jurídica, que podrá variar en el trámite de calificación definitiva en sede de juicio oral.

Como ya se ha visto al tratar de los concursos⁶⁴³ en el marco de las usurpaciones pacíficas de inmuebles es común que junto a la realización de alguna de las conductas tipificadas en el art. 245.2 CP concurren otros delitos. Aunque la regla general es que de cada hecho punible se derive un proceso penal (art. 300 LECrim), en virtud del art. 17 LECrim, la existencia de varios delitos imputados a una sola persona, o a varias, pueden guardar una relación tan estrecha que haga conveniente su enjuiciamiento conjunto. Así, en los siguientes casos:

1. Cuando existe simultaneidad en la comisión de varios delitos, con pluralidad de sujetos reunidos en un mismo lugar (art. 17.1 CP). Tal es el caso de la conexión entre los delitos de usurpación de inmuebles y de defraudación de fluido eléctrico o de agua (arts. 255 y ss. CP)⁶⁴⁴. También entre la segunda modalidad típica y el delito de daños, en los casos en los que se producen destrozos en el inmueble durante el mantenimiento no consentido en el mismo⁶⁴⁵.
2. Cuando concurre una pluralidad de delitos que sea resultado de una única e idéntica intención criminal, por parte de uno o varios sujetos (Art. 17.2 LECrim). Por ejemplo en relación a los actos de desobediencia (556 y 634 CP) o desacato a la autoridad (240 CP) que se dan en ocasiones durante los desalojos⁶⁴⁶.
3. Cuando se realizan diversos delitos que guardan entre sí una relación de medio a fin, ya sea para cometerlos o para procurar su impunidad (art. 17.3 y 4). Así, el caso del delito de daños (arts. 263 y ss. CP) y el de usurpación de inmuebles,

⁶⁴³ Véase *supra* VII. Concursos.

⁶⁴⁴ SAP Cáceres 9/2002, de 25 de abril (Salvador Castañeda Bocanegra); SAP Tarragona 283/2002, de 8 de julio (Francesc Avellanet Guillot); SAP Valencia 237/2002, de 14 de octubre (José María Tomás Tío); SAP Madrid 363/2003, de 10 de septiembre (Inmaculada Melero Claudio); SAP Castellón 145/2011, de 29 de marzo (José Luís Antón Blanco).

⁶⁴⁵ STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STJ Andalucía (Granada) 36/2013, de 21 de noviembre (Lorenzo del Río Fernández); SAP Madrid 363/2003, de 10 de septiembre (Inmaculada Melero Claudio); SAP Madrid 42/2013, de 8 de abril (Mario Pestana Pérez); SAP Zaragoza 261/2013, de 24 de septiembre (Alfonso Ballestín Miguel).

⁶⁴⁶ Aquí se apreciaría la concurrencia de una idéntica intención criminal, tendente a evitar el desalojo y a permitir la continuación de la situación delictiva. Al respecto, STS 800/2014, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STJ Andalucía (Granada) 36/2013, de 21 de noviembre (Lorenzo del Río Fernández); SAP Barcelona 858/2013, de 20 de septiembre (José Luís Ramírez Ortíz); SAP Madrid 313/2013, de 17 de julio (Ignacio José Fernández Soto).

cuando se rompe la cerradura de la puerta de un inmueble para posibilitar la entrada y ocupación del mismo⁶⁴⁷.

4. Por último, guardan relación de conexidad los hechos análogos, cometidos por un mismo sujeto activo (art. 17.5 LECrim).

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que entra en vigor el 6 de diciembre de 2015, reforma el artículo estudiado. No obstante, no introduce ninguna variación relevante en relación al tema objeto de este trabajo⁶⁴⁸.

1.4. La acción civil en el procedimiento penal.

Nuestro sistema procesal permite que se sustancie en el procedimiento penal la acción civil para la declaración y la ejecución de las obligaciones civiles nacidas del acto punible⁶⁴⁹. La acumulación de la acción civil en el procedimiento penal tiene carácter facultativo. Así, el perjudicado tiene la posibilidad de renunciar la misma de forma expresa (arts. 114 y 117 LECrim). De no ser así, el ejercicio de la acción penal presupone el de la acción civil (arts. 108 y 112.1 LECrim).

Las legislaciones penal y procesal penal españolas entienden que son tres las pretensiones civiles acumulables⁶⁵⁰: 1. La restitución de la cosa⁶⁵¹. 2. La reparación del

⁶⁴⁷ SAP Madrid 42/2013, de 8 de abril (Mario Pestana Pérez); SAP Madrid 179/2014, de 11 de abril (José María Cascado Pérez).

⁶⁴⁸ Así, el art. 2 LO 41/2015 establece: “Se modifica el artículo 17, que queda redactado del siguiente modo: 1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. 2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente. 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. 3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.”

⁶⁴⁹ El art. 100 LECrim indica que de todo delito o falta puede nacer la acción civil para la restitución, reparación e indemnización. Por su parte, el Título V, Libro I, arts. 109 a 126 CP. Trata de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Finalmente, el art. 1092 CC recoge las obligaciones civiles, que nacen de delitos y faltas y que se rigen por el CP.

⁶⁵⁰ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, p. 67.

daño causado, que abarca los daños patrimoniales y los morales, incluida la indemnización por el lucro cesante; y tanto los ocasionados al agraviado, como a su familia o a un tercero. 3. La indemnización del perjudicado⁶⁵².

En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, la “cosa objeto del delito” que debe ser restituida es el bien inmueble usurpado. También podría reclamarse la reparación del daño causado en el caso de que el propietario se hubiera visto obligado a vender el inmueble a un precio más bajo que el de mercado, a causa de la presencia de ocupantes ilegítimos en el mismo. Del mismo modo, podría exigirse la indemnización por el lucro cesante en el caso de que el inmueble estuviera en condiciones de ser arrendado, pero que ello no fuera posible a causa de la usurpación. O también la reparación del daño, por no haber podido hacer efectivas unas posibles obras de rehabilitación o mejora, autorizadas por la correspondiente licencia municipal. Por otra parte, la usurpación del bien podría dar lugar a daños morales, en los casos en que pudiera demostrarse que el bien inmueble, en las condiciones que estaba antes de ser usurpado, contenía ciertos recuerdos o se destinaba a determinados usos de contenido emocional, que habían sido destruidos o impedidos con la usurpación (art. 113 CP). El órgano judicial debe fijar en la sentencia las bases que fundan la cuantía exacta de los daños a reparar o a indemnizar (art. 115 CP).

1.5. La clase de procedimiento apropiado al tipo de usurpación pacífica de inmuebles.

1.5.A. El procedimiento abreviado.

El proceso que generalmente se ha seguido hasta el momento para enjuiciar los casos de usurpaciones pacíficas de inmuebles es el del procedimiento abreviado, regulado en el Título II, del Libro IV, arts. 757 a 794 y concordantes de la LECrim.

En virtud del art. 757 LECrim, el procedimiento abreviado se aplica a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o con otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía y su duración. El art. 245.2 CP referente al tipo de usurpación estudiado prevé una pena de multa, por lo que su enjuiciamiento entra dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado. Dado que es el procedimiento que ha sido generalmente utilizado en el enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles, se va a desarrollar con mayor amplitud más adelante.

⁶⁵¹ Los arts. 110.1 y 111 CP se refieren a la pretensión civil de restitución de la cosa objeto del delito.

⁶⁵² Los arts. 110, 111 y 112 CP exponen que, ante la imposibilidad de restituir, el responsable deberá reparar o indemnizar el daño ocasionado.

1.5.B. Casos singulares: el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Como ya se ha indicado, generalmente se sigue la tramitación del procedimiento abreviado para tratar el enjuiciamiento de las usurpaciones pacíficas de inmuebles. No obstante, en algunos casos, el juzgador ha optado por el procedimiento del juicio rápido, para abordar estas cuestiones.

Anteriormente se ha tratado ya la figura de la flagrancia en relación a la detención por particular y a la inviolabilidad domiciliaria y se ha visto como en algunos casos puede admitirse la comisión flagrante del delito estudiado⁶⁵³. En función de lo dispuesto en el art. 795.1.1ª de la LEC, la concurrencia de flagrancia permitiría la tramitación del procedimiento en la forma de juicio rápido. Sin embargo, como ya se ha indicado, éste no es el procedimiento que se practica por regla general en el caso del enjuiciamiento de las conductas tipificadas en el art. 245.2 CP. Lo anterior probablemente sea así debido a que la instrucción de esta clase de casos puede no ser sencilla y que esta simplicidad de la instrucción se recoge precisamente como uno de los factores a tener en cuenta a la hora de tramitar un proceso como juicio rápido⁶⁵⁴. En efecto, los supuestos de usurpaciones de inmuebles pueden plantear una serie de problemas instructores: 1. Al determinar quién es el propietario del inmueble. 2. Al identificar a los ocupantes del mismo. 3. Al verificar si el inmueble en cuestión se hallaba cumpliendo su función social. 4. Al constatar la falta de justo título por parte de los ocupantes del mismo. 5. Al peritar los daños ocasionados por la ocupación. No obstante, en algunos supuestos de usurpación se ha seguido el trámite del juicio rápido. Por ello aquí se van a aportar algunas notas acerca de este procedimiento.

El procedimiento para el juicio rápido es un proceso especial cuyo ámbito objetivo de aplicación es delimitado por la ley, en atención a la naturaleza del delito. En este sentido, el procedimiento mencionado únicamente es de aplicación en los supuestos de delitos menos graves. Se consideran delitos de estas características, los castigados con penas privativas de libertad que no excedan de cinco años o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, sin importar su cuantía.

⁶⁵³ Véase *supra* II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva y III.1.B.a. La actuación policial.

⁶⁵⁴ No obstante, el mismo art. 795.1 de la LEC se refiere *in fine* a la exigencia de la concurrencia aislada de cualquiera de las circunstancias que contempla, para que pueda ser de aplicación la modalidad de enjuiciamiento rápido. El hecho de que no se trate de un caso de difícil instrucción se recoge así como una de las causas que aisladamente pueden motivar el juicio rápido, pero ello no se impone como imprescindible en el caso de concurrir otra de las causas que prevé el mismo precepto, como es el caso de tratarse de un delito flagrante.

Junto a este criterio, han de concurrir tres presupuestos para que pueda seguirse el enjuiciamiento rápido: 1. En primer lugar, debe tratarse de un delito flagrante. 2. En segundo lugar, la propia ley recoge un elenco de tipos delictivos que generalmente habrán de ser objeto de enjuiciamiento rápido⁶⁵⁵. 3. En tercer lugar, deben ser hechos punibles cuya instrucción sea presumiblemente sencilla⁶⁵⁶.

Hasta aquí, parece que al menos algunos casos de usurpación pacífica de inmuebles podrían someterse para su enjuiciamiento al juicio rápido. Efectivamente, se trata de un delito de los considerados menos graves⁶⁵⁷, en la medida en que lleva aparejada una pena de multa de tres a seis meses. Por otra parte, la instrucción de ciertos casos de ocupación aparentemente puede revestir gran sencillez. En este sentido, puede darse el ejemplo del acto de usurpación en el que los autores son sorprendidos en el mismo momento de desarrollar el hecho delictivo y el propietario es fácilmente localizable, de forma que puede constatarse la ajenidad del inmueble y la ausencia de consentimiento. En este supuesto la identificación sería fácil y las circunstancias del hecho claras. Sin embargo considero que, aún en un caso como el descrito, podrían complicar la instrucción el peritaje de los posibles daños ocasionados por la rotura de la cerradura de acceso al inmueble y la valoración del estado del mismo. En todo caso, lo cierto es que en la mayoría de casos de usurpación pacífica e inmuebles, la instrucción revestirá dificultad. Sobre todo, cuando haya una certeza de la constitución del inmueble ajeno en morada de los usurpadores o cuando lo anterior deba presumirse por no poder probarse la duración del uso y disfrute del mismo con posterioridad a la consumación del tipo. En estos casos, la identificación de los autores de los hechos puede ser compleja y también la valoración de los daños aparejados a la ocupación. Por otra parte, puede también representar dificultades la instrucción en relación a la identidad del propietario y a la existencia o no de consentimiento por parte de éste, en el caso de que el mismo no haya interpuesto denuncia. Finalmente, también debería peritarse la situación del inmueble, en aras a descartar que se hallase en estado de abandono⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a la que se refiere el art. 173.2 CP; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; delitos de daños referidos en el art. 263 CP; delitos contra la seguridad pública del art. 268.2 CP; delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274, y 275 CP.

⁶⁵⁶ El juzgado de guardia tiene la competencia para decidir si la sencillez de la instrucción permite la aplicación del trámite del juicio rápido. No obstante, en virtud del art. 798.2º LECrim, si las diligencias son insuficientes para cerrar correctamente la instrucción, el juzgado puede ordenar que el procedimiento se continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado.

⁶⁵⁷ En contra de lo anterior se manifiesta la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015. Al respecto, véase III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁶⁵⁸ Dado que, según la jurisprudencia mayoritaria, la usurpación de estos inmuebles queda excluida del ámbito de aplicación del tipo. Al respecto, véase I.3.C.a. Postura doctrinal y jurisprudencial.

Las dificultades instructoras apuntadas en el párrafo anterior provocan, a mi entender, que el juicio rápido, por su propia configuración procedimental, no sea el cauce adecuado para enjuiciar las conductas estudiadas. No obstante, dado que en algunas ocasiones nuestros tribunales han optado por esta vía, procede aquí analizar brevemente el desarrollo del procedimiento. En este sentido, debe señalarse la importancia de la actuación de la policía judicial y de la coordinación entre ésta y el órgano de guardia al inicio del proceso⁶⁵⁹. A pesar de la relevancia de esta actividad policial para la efectividad del proceso, la misma no constituye ninguna fase procesal autónoma.

El art. 796 LECrim articula las medidas esenciales, para que los sujetos y el material imprescindible se hallen en el juzgado de guardia, posibilitando que la instrucción se realice con la mayor brevedad posible y en el marco de la duración del periodo de guardia (art. 799 LECrim)⁶⁶⁰. A este respecto, el citado precepto encomienda a la policía una serie de cometidos.

Así, con respecto al tipo objeto de nuestro análisis, la policía deberá garantizar que se haya efectuado la lectura de los derechos, a que se refiere el art. 776 LECrim y, asimismo deberá asegurar que el denunciado comparece ante el juzgado de guardia asistido de abogado. Por otra parte, en los casos en los que el delito de usurpación se realiza en conjunto con el tipo de daños, será necesaria la presencia y la actuación del perito que corresponda. Asimismo, la policía citará a los testigos de los hechos, en los casos en los que los haya.

Finalmente, para que sea posible dar por finalizado el trámite de instrucción⁶⁶¹, será necesario que se haya conseguido la identificación de los presuntos autores de los hechos y que se disponga de todos los pormenores relativos a la comisión de los mismos, así como la tasación de los daños que se hayan podido producir en su realización y la valoración del estado del inmueble⁶⁶². Por su parte, la parte denunciante deberá aportar documento en el que conste que es el propietario del inmueble afectado por la usurpación.

⁶⁵⁹ A este respecto, son esenciales el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del CGPJ, “de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo al servicio de guardia” y la Instrucción 3/200, de 9 de abril, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, del Pleno del CGPJ.

⁶⁶⁰ Personalmente, no veo cómo puede instruirse adecuadamente un caso de usurpación pacífica de inmuebles en tan breve plazo.

⁶⁶¹ Los arts. 797⁶⁶¹ y 800⁶⁶¹ LECrim se refieren: 1. A la competencia del órgano judicial para dar por finalizada la Instrucción. 2. Al Ministerio Fiscal, para solicitar la apertura del juicio oral. 3. A las demás partes acusadoras, en los casos en que las haya, para ejercitar la acción penal. Por otra parte y para garantizar el derecho de defensa, el órgano judicial, inmediateamente después a la incoación de las diligencias urgentes, dispondrá que se le dé traslado al abogado del denunciado, de la copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado en el juzgado de guardia.

⁶⁶² Nuestros tribunales en la práctica no acuerdan ninguna medida encaminada a valorar el estado del inmueble. Al respecto, véase II.2. La fase de instrucción. Las diligencias previas.

Una vez se da por finalizada la instrucción, el juez debe oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre la resolución a dictar y sobre la adopción de medidas cautelares (art. 798.2.1º LECrim). A partir de aquí, el juez emitirá una resolución. Si en la misma estima procedente el enjuiciamiento rápido, el juez de guardia debe oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, así como sobre las medidas cautelares. Si se solicita la apertura del juicio oral, el juez debe acordarlo⁶⁶³. En este caso, El Ministerio Fiscal deberá formular acusación inmediatamente (art. 800.2 LECrim).

Cuando ya se ha formulado acusación, el juez de guardia cita a las partes para celebrar el juicio oral, emplazando al acusado y al responsable civil para que presenten escrito de defensa en un plazo máximo de cinco días. A partir de este momento procesal, la LECrim remite al régimen legal del procedimiento abreviado para la celebración del juicio oral (arts. 786 a 788 LECrim)⁶⁶⁴. Una vez concluida la vista, la sentencia se dictará en los tres días siguientes, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 789 LECrim, para el procedimiento abreviado.

El problema que supone el enjuiciamiento a través del juicio rápido, en los casos de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, es la escasez de actos instructorios que se siguen en este procedimiento. Se parte de la base de que la instrucción debe ser simple para que esta clase de enjuiciamiento pueda seguirse. No obstante, en algunos casos, una aparente simplicidad podría conducir a error. Por ejemplo, podría plantearse el supuesto de la usurpación de una propiedad en estado de abandono, a la que el propietario acudiera en compañía de la policía, alegando que la ocupación es reciente y que el inmueble se hallaba en venta. Podría pasar que los ocupantes del inmueble no dispusieran de elementos de cierre, como ocurre en algunas de estas casas por motivos ideológicos, y que lo anterior permitiera la entrada policial, así como la identificación y detención, bajo la excusa de que se había consentido la entrada. En este supuesto, si se siguiera la vía del enjuiciamiento rápido, quizá la escasa instrucción y el corto lapso temporal para formular la defensa podrían dar lugar a que no fuera posible demostrar que la propiedad se hallaba en estado de abandono y se condenara penalmente unos hechos que a la postre deberían ser juzgados por la jurisdicción civil.

Además, el enjuiciamiento rápido cuenta con una particularidad más, que representa aún un mayor peligro. El art. 801 LECrim introduce la posibilidad de terminar el proceso penal en la propia guardia, a través de una conformidad. La misma es incentivada a través de la aplicación de la pena mínima, dentro del marco legal correspondiente a los hechos típicos imputados y además reducida en un tercio. Lo

⁶⁶³ El art. 800.1 LECrim, en relación al art. 783.1.I LECrim, establece la excepción del caso en el que el hecho no sea constitutivo de delito o que no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

⁶⁶⁴ No nos detenemos a tratar este punto, dado que se abordará más adelante al estudiar el procedimiento abreviado.

anterior puede dar lugar a que se acepten los hechos imputados, por miedo a que en una fase posterior pueda haber una condena más grave.

En relación a la usurpación, esta posibilidad de conformidad tan atrayente puede impedir que se articule una defensa encaminada a utilizar las claves interpretativas determinantes de la vía jurisdiccional adecuada a cada caso y que pueden suponer el sobreseimiento penal⁶⁶⁵. No obstante, por otra parte, el hecho de que el delito esté penado con multa, hace que la conformidad en la guardia no suponga un incentivo tan grande.

1.5.C. El procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.

Ya se ha indicado que el procedimiento que se ha seguido tradicionalmente para el enjuiciamiento de las usurpaciones de inmuebles ha sido el procedimiento abreviado y que, por esta razón, al mismo vamos a dedicarle mayor atención en el epígrafe siguiente. No obstante, como ya se ha reiterado a lo largo de este trabajo, tras la última reforma del Código Penal no queda claro el estatus del tipo objeto de análisis⁶⁶⁶. En este sentido, si finalmente se acepta su degradación a la consideración de delito leve, el procedimiento que deberá seguirse para su enjuiciamiento será correspondiente a este tipo de delitos (Libro VI, arts. 962 a 998 LECrim). Por esta razón, a continuación se analiza el mismo.

En función de lo dispuesto en el art. 964 CP, el juzgado de guardia recibirá los atestados de la Policía Judicial referentes a hechos que presenten los caracteres de delito leve y también las denuncias presentadas por el ofendido, pudiendo acordar celebrar de forma inmediata el juicio, si estuviera identificado el denunciado y fuere posible citar a todas las personas que debieran ser convocadas, para comparecer durante el servicio de guardia. Aquí encontramos un primer problema derivado de las dificultades que generalmente se presentan entorno a la identificación de los usurpadores de un inmueble. No nos detendremos en este punto, porque este tema se desarrolla ampliamente en el siguiente epígrafe. Únicamente indicar, que en la generalidad de los casos, no será posible la celebración del juicio en la guardia, debido a estos problemas identificativos.

Dado que el art. 964.2 CP, al referirse a las resoluciones que puede acordar el juez tras haber recibido el atestado policial o la denuncia del ofendido, no recoge la de adoptar

⁶⁶⁵ Véase *supra* I.3. Consecuencias derivadas de la postura interpretativa asumida.

⁶⁶⁶ Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

medidas cautelares, entiendo que las mismas quedarían descartadas. Respecto a las usurpaciones de inmuebles, lo anterior se traduciría en la inviabilidad de la medida cautelar de desalojo.

A continuación, el art. 965 CP establece que, cuando no sea posible la celebración del juicio en la guardia, si el juez considera que el enjuiciamiento corresponde al propio juzgado de instrucción, fijará día y hora para el señalamiento antes de los siete días siguientes, debiéndose hacer las correspondientes citaciones y apercibimientos en cuanto a la necesidad de comparecer con las pruebas de que quiera valerse cada parte. Nuevamente, aquí se presenta el problema de la dificultad identificadora de los autores de los hechos. En la medida en que éstos se nieguen a facilitar sus datos en el interior del inmueble constituido en morada y no puedan ser interceptados fuera del mismo, no podrán ser determinados ni citados de una manera formalmente correcta. De aplicarse este procedimiento a los casos de usurpación, probablemente lo anterior puede dar pie al abuso de la notificación y citación a través de la figura de “los ignorados ocupantes”⁶⁶⁷.

El art. 967 LECrim mantiene la regla de la asistencia letrada facultativa que regía respecto de las antiguas faltas. En la mayoría de los casos lo anterior se traducirá, en relación a la persona del imputado, en la ausencia de abogado que le asesore y que defienda sus intereses⁶⁶⁸. Entiendo que esto, además de la clara pérdida garantística que conlleva, tiene como consecuencia que si el juicio se celebra en ausencia (art. 971 LECrim), no habrá nadie que defienda los intereses del imputado. Por último, al finalizar el juicio o en los tres días siguientes al mismo, el juez dictará sentencia (art. 973 LECrim).

De lo expuesto puede concluirse que, en apariencia, el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves es más rápido que el procedimiento abreviado. No obstante, lo anterior no siempre es adecuado si se valoran las necesidades de instrucción que pueden conllevar los hechos derivados de una ocupación de inmuebles. Máxime si se tiene en cuenta, que se deja en manos del imputado la presentación de la prueba de la que quiera valerse, sin garantizar que vaya a tener un abogado que le asesore. De lo anterior pueden derivarse sentencias que condenen supuestos de precario o de ocupaciones de inmuebles en estado de abandono.

⁶⁶⁷ Véase *infra* II.2.A.a. La figura de los “ignorados ocupantes”.

⁶⁶⁸ En efecto, al no ser preceptiva la asistencia jurídica, el juzgado no realiza ningún trámite en tal sentido. Por consiguiente, si no es el propio imputado el que designa abogado, carecerá del mismo. A lo anterior se añade el hecho de que al no ser preceptiva la asistencia letrada, no se otorga el beneficio de la justicia gratuita al imputado, a no ser que, en el momento de la vista, la parte denunciante venga acompañada de abogado. En este caso, se podría pedir la suspensión del juicio para solicitar abogado de oficio en orden al equilibrio de la defensa. No obstante, este argumento difícilmente se conoce si no es mediante el oportuno asesoramiento legal. Todo ello perjudicaría principalmente a aquellos sujetos que realizan ocupaciones por motivos de necesidad y que no pueden pagar a un abogado.

Por otra parte, la celeridad procedimental apuntada en ocasiones puede no ser real. Así es cuando se presentan problemas identificativos. En este sentido el art. 971 LECrim es claro al establecer que: “La ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley (...)”. Las formalidades aludidas no podrán cumplirse legítimamente cuando los ocupantes del inmueble se nieguen a ser identificados y a aceptar cualquier notificación que venga del juzgado⁶⁶⁹. En estas circunstancias, el juicio no podrá celebrarse en ausencia y el procedimiento podrá alargarse considerablemente. A estas dificultades se añadirá la imposibilidad de adoptar medidas como la de entrada en el inmueble con fines identificativos.

En definitiva, entiendo que la eventual tramitación de este procedimiento en el enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles, por un lado conllevaría una importante pérdida garantística, no justificada por una correlativa menor gravedad de la pena prevista para el delito en cuestión y, por otro, no significaría necesariamente una mayor celeridad procesal. Además, buena parte de las razones, que explicaban el porqué de la tipificación de las conductas estudiadas, quedarían desvirtuadas si estas últimas constituyen un delito leve, haciéndose aún más injustificable que no se mantenga su enjuiciamiento en la jurisdicción civil.

II. Desarrollo del procedimiento abreviado.

En este epígrafe se va a analizar con mayor amplitud el procedimiento abreviado en relación al enjuiciamiento de los supuestos de usurpación de inmuebles, por haber sido, al menos hasta el momento, el proceso que se ha seguido generalmente en estos casos⁶⁷⁰. Se realizará la exposición, en atención a los diferentes momentos procesales, esto es: La instrucción, la fase intermedia, el juicio oral, la sentencia y su impugnación y ejecución.

Una particularidad del enjuiciamiento de los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles es que, en numerosos casos, el procedimiento se archiva en la fase de instrucción, sin que llegue a decretarse la apertura del juicio oral. Ello es debido, en ocasiones, a que el juez entiende que los hechos no revisten la suficiente entidad como para ser enjuiciados en sede penal. Pero en otros casos, el archivo es consecuencia del abandono voluntario del inmueble por parte de los usurpadores con anterioridad a la apertura del juicio oral. Y también se dan incluso ciertos supuestos, en los que se dicta

⁶⁶⁹ Probablemente lo anterior redunde en un uso abusivo de la figura de los “ignorados ocupantes” de la que se hablará en el epígrafe siguiente.

⁶⁷⁰ La normativa relativa a este procedimiento se recoge en el Libro IV, Título II de la LECrim (arts. 757 a 794 y concordantes de la LECrim). Este título se refiere a “los procedimientos especiales”.

el archivo de las actuaciones, tras el desalojo forzoso del inmueble, como resultado de la aplicación de una medida cautelar. Lo anterior denota la prevalencia que dan algunos de nuestros jueces al retorno de la posesión del bien inmueble a su legítimo propietario, frente a la imputación y a la imposición de una pena a los usurpadores. Esta práctica es cuestionable, en la medida en que supone una perversión del derecho penal utilizándolo para la consecución de fines de naturaleza puramente civil.

En los epígrafes que siguen, se examinará cada una de las fases del procedimiento en el que se enjuicia el delito de usurpación de inmuebles. El análisis se realizará desde la perspectiva de las particularidades de este proceso en cuestión, en razón del delito objeto de estudio.

II.1. El inicio del procedimiento.

El proceso penal se inicia de forma ordinaria, a través de la denuncia o de la querrela⁶⁷¹. La diferencia entre ambas figuras estriba en que la querrela constituye un acto de ejercicio de la acción penal, mientras que la denuncia es una mera declaración de conocimiento por la que se informa a un órgano judicial, Ministerio Fiscal o policía, de la noticia de un hecho constitutivo de delito⁶⁷². No obstante, en virtud del art. 761.2 LECrim, en el marco del procedimiento abreviado, el denunciante puede mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela⁶⁷³. Según el art. 302 LECrim: “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”. Es por esta razón que, en los casos de usurpación, el

⁶⁷¹ El art. 761.1 LEC, en el marco del procedimiento abreviado, se remite a las reglas generales para el inicio del procedimiento. Se refiere así a la interposición de denuncia o de querrela según lo dispuesto en el Título II del Libro II de la misma LEC. Según el art. 259 LEC, el que presenciare la perpetración de cualquier delito público, está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento de los funcionarios judiciales. El art. 269 LEC expone que: “Formalizada que sea la denuncia, se procederá o se mandará proceder por el juez o funcionario a quien se hiciese la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiese carácter de delito (...)”. El art. 270, referente a la querrela, indica que: “Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse (...)”. A continuación, el art. 273 expone que: “(...) cuando se trate de un delito *in fraganti* (...) el particular que intentare querrellarse del delito podrá acudir desde luego al juez de instrucción o municipal que estuviere más próximo, o a cualquier funcionario de policía, a fin de que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos y para detener al delincuente”.

⁶⁷² GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho penal*, pp. 161 y ss.

⁶⁷³ El art. 761 LECrim dispone: “1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite. 2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, el Secretario judicial instruirá al ofendido o perjudicado por el delito de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Asimismo le informará de la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas que conforme a la legislación vigente puedan corresponderle”.

propietario del inmueble es parte en la mayoría de los supuestos, pues tiene interés en acelerar e informarse sobre el progreso de la recuperación de la posesión del inmueble del que es titular.

Tanto la denuncia como la querrela pueden interponerse por toda persona física. No obstante, como ya se ha indicado, una y otra únicamente progresan cuando es el titular del inmueble el que las insta⁶⁷⁴. Según lo anterior, parece que se requiere una actividad por parte del legítimo propietario para que el caso concreto pueda tramitarse como delito. En este sentido, se observa como los tribunales españoles han interpretado que no hay delito si es patente que la propiedad no está cumpliendo su “función social”. Manifestación de esto último es que el propietario ni siquiera tenga constancia de que la misma sea usurpada y no interponga denuncia por ello. Por otra parte, la exigencia de que exista denuncia del propietario también es consecuencia del elemento gramatical, dado que el precepto estudiado condiciona la tipicidad de la primera conducta, a la ausencia de consentimiento del propietario y, la de la segunda, a que no exista manifestación de la voluntad contraria a la usurpación, por parte de éste. Así, pues, de no mediar denuncia, se presume el consentimiento tácito. Por consiguiente, no se trata de una verdadera particularidad procesal, que por otra parte no estaría autorizada legalmente, sino por un medio de acotamiento del tipo⁶⁷⁵.

El inicio del proceso no se desarrolla según lo anterior, cuando el propietario es un ente público. En estas ocasiones en principio debería interponerse denuncia por parte de los funcionarios policiales. Esta denuncia bastaría para dar comienzo al proceso. No obstante, en la práctica lo que realmente ocurre es que la policía llega en los primeros momentos o incluso días de la ocupación y presume que no se han consolidado aún los derechos derivados de la posesión, por lo que procede al inmediato desalojo sin mediar orden judicial alguna. Esto puede conllevar a que se produzcan abusos policiales difícilmente denunciables.

En todo caso, una vez interpuesta la denuncia, ésta debe ser admitida y ello da lugar a que se ordene, por el juez del partido en el que el delito se hubiere cometido, la incoación del procedimiento (art. 14 LECrim)⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Véase *supra* I.2.A.a. El Ministerio Fiscal y I.2.A.c. El acusador particular.

⁶⁷⁵ En este sentido, se podría decir que, *de facto*, se configura como delito privado, en la medida en que el consentimiento y la voluntad del propietario, respecto de la usurpación, se constituye como elemento del tipo.

⁶⁷⁶ La incoación del procedimiento se realiza mediante auto, que se estructura en tres partes: “hechos”, “fundamentos jurídicos” y “parte dispositiva”. En la parte relativa a los hechos, el juez refiere la recepción de una denuncia o querrela sobre el delito de usurpación del art. 245.2 CP y especifica el lugar de realización de los hechos. En el marco de los fundamentos jurídicos, el juez expresa su decisión de instruir “diligencias previas” y de practicar las medidas necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos y los datos de las personas que en ellos han intervenido, así como para valorar el procedimiento aplicable. Por último, en la parte dispositiva, el juez de instrucción ordena incoar

II.2. La fase de instrucción. Las diligencias previas.

Una vez se ha incoado el procedimiento, ya sea a partir de denuncia o de querrela, se abre la fase de instrucción. En este momento procesal debe procederse a la comprobación del delito y a la averiguación del delincuente, siguiendo las reglas generales dispuestas en el Título V, Libro II de la LEC (arts. 757 a 779 LECrim).

II.2.A. Identificación de los autores.

Una de las funciones de la fase de instrucción es la averiguación de la identidad del delincuente⁶⁷⁷. En el marco de las usurpaciones de inmuebles, esta labor no conlleva un gran esfuerzo investigador, en la medida en que los autores del delito están perfectamente localizables. No obstante, la identificación de los mismos suele plantear problemas derivados de la constitución del inmueble usurpado en su morada.

En efecto, cuando el inmueble ocupado es morada de los usurpadores, la policía únicamente puede proceder a su identificación en tres casos: 1. Cuando éstos se hallan en la vía pública. 2. Cuando están en el interior del inmueble, pero se prestan voluntariamente a ser identificados. 3. Cuando media orden judicial que habilita a los agentes a entrar en éste, con la finalidad de identificar a sus ocupantes. En muchos casos de usurpación, los autores de la misma no quieren ser identificados, con el fin de alargar el proceso. Así, se niegan a aportar sus datos cuando se hallan dentro del inmueble y controlan la salida del mismo a los efectos de evitar a la policía. Todo ello dificulta la tarea policial.

En vista de lo anterior, parece que una posible solución al problema señalado sería que el juez de instrucción emitiera una orden judicial habilitando la entrada en el inmueble usurpado⁶⁷⁸ en aquellos casos en los que se hubiere intentado repetidamente la identificación de los usurpadores y se hubiera constatado una mala fe clara por parte de éstos, dirigida a impedir la identificación y obstruir la continuación del procedimiento. En el caso de que, pese a la entrada policial con orden habilitadora, los ocupantes del inmueble se negaren a ser identificados, procedería su detención a tal fin⁶⁷⁹.

No obstante, el problema que subyace a esta solución es el posible abuso de su aplicación en casos en los que la misma no es necesaria ni proporcionada. En este

diligencias previas, da cuenta de su incoación al Ministerio Fiscal y ordena la práctica de determinadas actuaciones, fijando fecha y hora para su celebración.

⁶⁷⁷ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 283 y ss.

⁶⁷⁸ Entiendo que lo anterior no sería posible en el caso de que el delito estudiado se considerara leve y su enjuiciamiento se tramitara por las normas del procedimiento previsto para estos delitos.

⁶⁷⁹ Como ya se ha apuntado esta posibilidad sería factible en el marco del procedimiento abreviado, en la medida en que con ello se estaría confiriendo al delito estudiado el *estatus* de menos grave.

sentido, la medida debería dictarse únicamente después del intento de identificación reiterado por las vías ordinarias. Así, en casos extremos en los que estos cauces resultan infructuosos, se hace patente la mala fe de los usurpadores y existe necesidad y urgencia de adoptar tal medida.

Desde luego se trata de un medio menos gravoso que el desalojo preventivo. Además, a diferencia de este último, no se trata de una medida cautelar sino de una “resolución provisional” que tiene por objeto posibilitar el cumplimiento de los fines del proceso⁶⁸⁰ y queda legitimada legalmente a través de lo dispuesto en el art. 763 LECrim, que expone, en el marco de las reglas del procedimiento abreviado, que: “El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley (...)”. Este precepto articula una remisión a las normas del procedimiento ordinario en los mismos términos que el art. 758 LECrim: “El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título”.

En función de lo anterior, parece que hemos de remitirnos al procedimiento ordinario para saber en qué casos cabe la articulación de una orden judicial habilitadora para la entrada en domicilio. Al respecto el art. 545 dispone: “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes”. Por su parte, el art. 546 LECrim, añade: “El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”. Respecto a los domicilios privados⁶⁸¹, el art. 550 LECrim establece que: “Podrá asimismo el juez instructor ordenar en los casos indicados en el art. 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.”

⁶⁸⁰ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 320. Este autor, al referirse a las resoluciones provisionales, entiende que éstas deben proyectarse sobre derechos del “imputado”. No obstante, la actuación estudiada, de entrada en domicilio privado con fines meramente identificativos, tiene precisamente la función de posibilitar dicha imputación y de articular los derechos que la misma se derivan.

⁶⁸¹ En el caso de los inmuebles ocupados siempre nos hallaremos ante domicilios privados, pues lo que se valora no es la titularidad del inmueble sino la naturaleza del morador.

Según lo dispuesto en los dos últimos preceptos transcritos, cuando se trate de ocupaciones de domicilios privados, el juez podrá autorizar la entrada cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado, mediante auto motivado que deberá ser notificado a la persona inmediatamente o, lo más tarde, dentro de las 24 horas de haberse dictado. En cuanto al término “procesado”, el art. 384 LECrim, dispone que: “Desde que resultare del sumario (procedimiento ordinario) algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada (...). El procesado podrá desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado.” En función de lo anterior, parece que el concepto de “procesado” en el procedimiento ordinario equivaldría al de “investigado”⁶⁸² en el abreviado. Ello plantearía problemas, de cara a fundamentar la autorización de entrada en un domicilio, en la necesidad y urgencia de identificación de sus ocupantes no imputados. No obstante, entiendo que el término “procesado” debe interpretarse en un sentido amplio, como equivalente al de “delincuente”. Lo anterior se deriva de la rúbrica “De la identidad del ‘delincuente’” del Capítulo en el que se establece el significado de “procesado” y de los arts. 373 a 383 LECrim, que parecen emplear el término “procesado” con el significado de “delincuente”. El art. 373 LECrim, concretamente, concretamente establece que: “Si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto.” Este precepto emplea el término “procesado”, incluso cuando existen dudas sobre la identidad del mismo⁶⁸³.

No obstante, aun en el caso de no admitir la equivalencia entre los términos “procesado” y “delincuente”, entiendo que la entrada en el inmueble ocupado para identificar a sus ocupantes podría motivarse como acto de “descubrimiento y comprobación” del delito. En cuanto a la notificación de la orden de entrada, ésta debería realizarse en el momento de la misma, informándose a los ocupantes del inmueble de que media orden judicial y que la entrada tiene una finalidad meramente identificativa. Evidentemente, lo anterior plantea problemas garantísticos, en la medida en que impide la oposición de los moradores a la medida, al no conocer de ésta hasta instantes antes de su realización. Por ello, es imprescindible que la misma se efectúe únicamente con los límites que ya se han apuntado más arriba y como alternativa menos gravosa a un desalojo cautelar. También cabría la notificación anterior a la ejecución de la entrada, a través del empleo de la figura de “los ignorados ocupantes”, de la que se hablará en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, pese a estos problemas garantísticos que se han planteado⁶⁸⁴, debe tenerse en cuenta que la actuación estudiada, de entrada en domicilio privado con fines

⁶⁸² Se emplea aquí la nueva nomenclatura referente a la figura del “imputado”, introducida por la Ley 13/2015 en su apartado V de la exposición de motivos y su el art. 21.

⁶⁸³ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 215, entiende que no es necesario que el imputado esté identificado, basta que esté determinado. No obstante, como también se señala más adelante, entiendo que los ocupantes de un inmueble no identificados, tampoco pueden considerarse determinados, en la medida en que se desconoce su número y circunstancias personales.

⁶⁸⁴ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 327, al referirse a las resoluciones provisionales, entiende que éstas deben proyectarse sobre derechos del “imputado”.

meramente identificativos, tiene precisamente la función de posibilitar la imputación y de articular los derechos que de la misma se derivan.

No obstante lo expuesto, del examen de la práctica de nuestros juzgados de instrucción⁶⁸⁵, se observa que, la emisión de una orden judicial habilitadora de entrada en el inmueble, a los efectos de identificar a los usurpadores, es poco usual. Por el contrario y, paradójicamente, la adopción de la medida cautelar de desalojo es más normal y se aprovecha la misma para realizar el trámite identificativo. A mi juicio utilizar esta medida para impedir la dilación indebida del procedimiento, a causa de las dificultades de identificación de los usurpadores, es absolutamente innecesario y desproporcionado. Como se verá más adelante, la medida cautelar de desalojo debe reservarse para los casos en que existe una urgencia real y demostrada en la adopción de la misma, para garantizar la efectiva ejecución de lo dispuesto en la futura sentencia dimanante del proceso y una vez se ha realizado ya la imputación⁶⁸⁶. Esto último es importante, en la medida en que con la imputación se adquiere el derecho de defensa⁶⁸⁷.

En una postura completamente antagónica, algunos juzgados dictan el archivo provisional del asunto, en los casos en los que se hace imposible la identificación de los usurpadores. Ello es acorde con la legalidad⁶⁸⁸. En la medida en que no hay autores conocidos a quien imputar los hechos, no puede continuarse el proceso hasta que se obtengan datos en relación a sus identidades. Ello sería así con respecto a cualquier otro tipo de delito. En efecto, si frente a un robo no se hallara al autor del mismo, se paralizaría el proceso en la fase de instrucción y se archivaría provisionalmente hasta hallar nuevos indicios. Con respecto a la usurpación, el problema es que continua la lesión del bien jurídico protegido y resta el bien inmueble ocupado, claramente identificado y en manos ajenas a su legítimo propietario. A esto se añade el hecho de que el archivo supone el cese total de la actividad judicial y, por consiguiente, también de la actuación policial dirigida a la identificación de los ocupantes del inmueble. Todo lo anterior hace que esta no sea tampoco una solución aceptable.

⁶⁸⁵ Información extraída de la propia experiencia en procedimientos relativos a la materia tratada, de la de otros compañeros de profesión y de entrevistas con el colectivo “okupa”.

⁶⁸⁶ Nuestra doctrina coincide en señalar como uno de los presupuestos de la aplicación de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris*, entendido como la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada. Así, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 317; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 164. Tal y como expone GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, de lo anterior se deriva que “el presupuesto de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, la imputación.

⁶⁸⁷ Al respecto, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 217 y ss.; MUERZA ESPARZA, J., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./ HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA J.A., *Derecho procesal penal*, pp. 657 y ss.

⁶⁸⁸ Al respecto, el art. 779.1.1º LECrim establece: “(...) Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”.

II.2.A.a. La figura de los “ignorados ocupantes”.

En sede procesal civil, nuestros tribunales han dado solución al problema de la identificación de los usurpadores cuando éstos se oponen a la misma, a través de la figura de “los ignorados ocupantes”⁶⁸⁹. Así, bajo la denominación de “ignorados ocupantes”, los moradores del inmueble son notificados e informados de la existencia de una demanda contra ellos y del contenido de la misma y son emplazados en el día de la celebración de la vista para comparecer como parte en el proceso. En este caso, deberán identificarse en esa fecha y comparecer representados por procurador y asistidos por letrado. Es posible que se les exija también el pago de una caución, si así lo ha solicitado la parte demandante. En el caso de no personarse en la fecha de la vista se resolverá el proceso en el sentido solicitado por la parte demandante y se continuarán las pertinentes notificaciones a los “ignorados ocupantes”. Así, en el marco del juicio verbal por precario, esta categoría permite la articulación de la demanda y la posterior finalización del proceso.

Sin embargo, se trata de una herramienta que no puede ser trasladada al derecho penal. En este sentido, debe recordarse que el derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico de carácter sancionador y que, además, la sanción que lleva aparejada es la pena, que es mucho más gravosa que cualquier medida administrativa. Es por ello que el proceso penal debe quedar sujeto a una serie de garantías y, entre ellas, está el derecho a la información y a la asistencia letrada de aquél a quién se le atribuye un hecho constitutivo de delito. Es precisamente esta atribución la que le dota del carácter de investigado⁶⁹⁰ y la que le otorga una serie de derechos fundamentales, imprescindibles para legitimar la incoación de un procedimiento penal en su contra⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ El art. 399.1 LEC exige la consignación de los datos del demandado, pero la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la utilización de los términos “ignorados ocupantes”. Por otra parte, se cumple con lo exigido por el art. 155 LEC, en la medida en que domicilio del demandado está claramente detallado. En relación a nuestra jurisprudencia, véase Edicto del Juzgado de 1ª instancia núm. 6 de Badalona, sobre autos de juicio verbal, expediente 271/2012; Edicto del Juzgado de 1ª instancia núm. 12 de Barcelona, sobre autos de juicio verbal, expediente 427/2012; Edicto del Juzgado de 1ª instancia de Rubí, sobre autos de juicio verbal, expediente 603/2010; Edicto del Juzgado de 1ª instancia núm. 12 de Barcelona, sobre autos de juicio verbal, expediente 1517/2011; Edicto de la AP Barcelona, sobre autos de juicio verbal, rollo 386/2011. El problema de la consignación de los datos del demandado, en los casos de ocupación de inmuebles se recoge en DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPIN, “¿Qué hacer ante los okupas?”, *passim*. Es también interesante, a este respecto, OFICINA DE OKUPACIÓN DE MADRID, *Manual de okupación*, pp. 81-85.

⁶⁹⁰ El art. 373 de la LECrim dispone que si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto. El art. 384 LECrim expone que: “(...) desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y el modo dispuesto en este Título y en los demás de esta ley. (...) El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado (...) y valerse de él (...)”. En el art. 385 LECrim se añade, que: “El juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del querellante particular, hará que los procesados presten

No obstante, algunos de nuestros juzgados de instrucción han importado la figura reseñada y han hecho uso de la misma, para conseguir la “semiimputación” de los ocupantes de inmuebles usurpados, en el inicio de la fase de instrucción⁶⁹². A través del uso de esta figura, algunos juzgados realizan notificaciones a los ocupantes del inmueble no identificados, en relación a la adopción de medidas restrictivas de derechos que puedan afectar a sus intereses. Así, por ejemplo, se posibilita que los presuntos usurpadores conozcan de la existencia de un procedimiento contra ellos y de la adopción de una medida cautelar de desalojo, sin necesidad de que sean imputados. De esta forma, se les confiere la posibilidad de acudir al juzgado a identificarse, en el caso de que se hayan negado a hacerlo ante la policía, y así poder declarar lo que convenga a sus intereses y recurrir, en su caso, la resolución que decida la adopción del desalojo cautelar. Lo cierto es que visto desde esta perspectiva, el uso de la figura de “los ignorados ocupantes” aparentemente favorece a los usurpadores cuando se han negado a identificarse y el juzgado decide la adopción de una medida que les perjudica. Lo anterior se hace más patente a la luz de nuestra jurisprudencia que, admite la posibilidad de decretar el desalojo cautelar, aunque los ocupantes del inmueble usurpado no hayan podido ser identificados⁶⁹³.

Por otro lado, la notificación a través de este sistema permite que los ocupantes del inmueble abandonen el mismo antes del desalojo cautelar sin ser imputados y, en este sentido, sin ser parte en el procedimiento penal y sin tener que acarrear con sus consecuencias. En el caso de que, tras la notificación de la existencia de un procedimiento contra ellos y de la posible adopción de una medida cautelar de desalojo, no abandonen el inmueble, cuando sean desalojados podrán ser identificados e imputados.

Según lo anterior, la finalidad de esta figura es doble: 1- En primer lugar, agilizar el proceso y retornar el uso y disfrute del inmueble a su legítimo poseedor, en los casos en

cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (...). En el mismo sentido, el art. 302 LECrim dice que: “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (...)”. Al respecto, MUERZA ESPARZA, J., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA J.A., *Derecho procesal penal*, pp. 657 y ss.

⁶⁹¹ Tal y como expone GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 215, no es necesario que el imputado esté identificado, pero sí determinado. En el caso de los ocupantes de un inmueble no se da esta determinación, en la medida en que se desconoce cuántos son y no se dispone de datos sobre los mismos.

⁶⁹² Información extraída de la propia experiencia, de la de otros compañeros abogados y de las entrevistas con miembros del colectivo “okupa”.

⁶⁹³ AAP Madrid 264/2005, de 15 de junio (Gregoria Díaz Bordallo); AAP Guipúzcoa 195/2011, de 21 de octubre (M^a Teresa Fontcuberta de la Torre); AAP Madrid 623/2011, de 30 de septiembre.

que ha sido imposible la identificación de los usurpadores⁶⁹⁴. 2- En segundo lugar, evitar la imputación de los ocupantes del inmueble⁶⁹⁵.

Hasta aquí, en apariencia, el uso de esta figura puede ser aceptable en esta fase procedimental, en la medida en que parece favorecer al afectado. Sin embargo, considero que este “favorecimiento” no es real, dado que el empleo de esta expresión supone obviar el trámite de la imputación e implica negar a los afectados por medidas cautelares altamente gravosas la posibilidad de ser asistidos por letrado que los asesore. En efecto, a través de la figura reseñada, se puede informar genéricamente a los ocupantes del inmueble, de la adopción de medidas que les perjudican pero, de ninguna manera, se les podrá designar abogado, si no han podido ser imputados⁶⁹⁶ por no haber sido determinados⁶⁹⁷. Por otra parte, el empleo de esta figura con la finalidad de retornar la posesión a su legítimo propietario, de evitar la imputación y de archivar el expediente, supone pervertir el derecho penal, en aras de su utilización con fines meramente privados.

Aun es más alarmante el hecho de que, en algunas ocasiones, dicha práctica se utiliza para articular la medida cautelar de desalojo sin que la misma se notifique previamente a los ocupantes del inmueble. En ciertos casos, la tarea identificativa es escasa o, incluso, nula y se decreta esta medida contra los “ignorados ocupantes” sin que éstos sean anteriormente notificados. Es impresionante observar que, en ocasiones, los propios presuntos delincuentes se personan en el juzgado que realiza la instrucción, para identificarse voluntariamente y prestar declaración autoinculpándose, y el juzgado impide que lo hagan y les niega la condición de imputados. Lo anterior sería impensable si nos halláramos ante cualquier otro tipo penal.

Como ya se ha expuesto, cuando los autores de esta conducta típica no adquieren la condición de investigados, no disponen de ninguno de los derechos que otorga la ley al imputado penalmente. Así, al no ser considerados parte en el proceso, no tienen que ser notificados de lo que en él se sustancia, ni prestar declaración o impugnar nada de lo que se acuerde en instrucción en relación a lo alegado por la acusación⁶⁹⁸. Tampoco disponen del derecho a la asistencia letrada gratuita. De hecho, si no son ellos los que realizan las pesquisas necesarias para averiguar si existe denuncia que afecte al

⁶⁹⁴ Como se verá más adelante, el desalojo del inmueble en esta fase no debería conllevar la restitución del mismo, sino el comiso o administración judicial.

⁶⁹⁵ Esta figura es, en este sentido, fruto de la voluntad de los jueces de despenalizar la conducta por la vía de la no aplicación del tipo.

⁶⁹⁶ MUERZA ESPARZA, J., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./ MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J.A., *Derecho procesal penal*, pp. 657 y ss.

⁶⁹⁷ Únicamente la determinación del delincuente, permite la imputación. Al respecto, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 283 y ss.

⁶⁹⁸ Se les niega así el derecho de defensa.

inmueble que ocupan, pueden no enterarse de que existe un proceso cuya resolución puede perjudicarlos⁶⁹⁹. Ello es así, porque, no sólo se les niega la condición de imputados, sino también la de perjudicados o la de testigos y ni si quiera se les informa de la resolución judicial que decide el desalojo cautelar del inmueble usurpado que constituye su morada. En estos casos, se puede adoptar la medida reseñada sin que los moradores del inmueble conozcan de antemano de la misma y sin que puedan recurrirla o manifestar lo que crean conveniente al respecto.

Según lo expuesto, considero que el uso de la figura de los “ignorados ocupantes” debe rechazarse para posibilitar la adopción de la medida cautelar de desalojo y, también, cuando se emplea con el pretexto de notificar la misma. En el único supuesto en que considero que podría ser realmente garantística y *pro reo* su utilización, sería en el caso de la notificación de una orden de entrada con fines identificativos. Como ya se ha expuesto, la adopción de esta medida restrictiva de derechos sería legítima en casos en los que existiera una urgencia real y demostrada de adopción de la medida, y cuando ya se hubieren intentado los cauces ordinarios de identificación sin resultados. En estos supuestos, esta actuación permitiría la imputación y el despliegue de los derechos que ésta comporta y el empleo de la expresión de “los ignorados ocupantes”, serviría para informar a los ocupantes del inmueble de la misma.

II.2.A.b. Conclusión.

En resumen, ante el tema de la identificación de los autores de la conducta estudiada caben las siguientes posibilidades:

1. Que el juzgado oficie a la policía para que proceda a la identificación de los autores de los hechos y que ésta realice tal cometido sin hallar obstáculos. En este caso, las personas identificadas podrán ser citadas a declarar en calidad de imputados y, en su caso, podrán ser notificadas de cuantas actuaciones se sigan en el procedimiento, salvo los casos en los que recaiga secreto de sumario⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ A este respecto y, en contra de lo anterior, se pronuncia la SAP Barcelona, de 21 de noviembre de 2002 (Oscar Morales García): “Pero especialmente, no puede pretenderse que la denuncia desconocida por quienes poseen el inmueble sirva de demostración de que la posesión es penalmente relevante (...)”. Esta sentencia revoca la dictada en la instancia y absuelve a los ocupantes del inmueble objeto del proceso, por entender que es necesaria la manifestación de la voluntad contraria a la ocupación del inmueble, por parte de su propietario. El Tribunal entiende que se han de agotar primero los recursos de la vía civil y que, en todo caso, no puede entenderse legítimo el mecanismo de la denuncia que desemboca en “(...) un desalojo policial que los ocupantes no conocían cuando se produciría”.

⁷⁰⁰ El secreto de sumario no se acordará en un caso simple de usurpación, pero podrá darse una conexidad de este delito con un tema ligado al terrorismo, por ejemplo, que pudiera dar lugar a la adopción de una resolución en este sentido.

2. En segundo lugar, cabría que el juez de instrucción oficiara a la policía para proceder a la identificación y que tal medida fuera imposible. Frente a lo anterior, el juez podría dictar una orden que habilitase a la policía a penetrar el inmueble, sin el consentimiento de los moradores del mismo. La finalidad de tal medida sería la identificación de éstos para posibilitar la continuación del procedimiento en los términos referidos⁷⁰¹. No obstante, en la práctica los juzgados no resuelven acordar esta medida. Seguramente por dos motivos: A. Porque puede no parecer proporcionada, al suponer la lesión del derecho a la inviolabilidad de la morada, para la consecución de un fin que no reviste de la urgencia legitimadora⁷⁰². B. Por no ser comúnmente solicitada por las partes acusadoras, que se inclinan por la petición de la medida cautelar de desalojo, porque en la práctica supone la recuperación de la posesión respecto del inmueble ocupado, con anterioridad a la finalización del procedimiento.
3. En tercer lugar, cabe que el juez solicite de oficio a la policía la identificación de los moradores del inmueble, que ésta no sea posible y que el juez decida el archivo provisional de las actuaciones⁷⁰³.
4. En las mismas circunstancias descritas en el supuesto anterior, cabe que el juez resuelva aplicar la medida de desalojo cautelar, sin informar a los moradores del inmueble usurpado, que se han negado a facilitar su identificación. En el momento del desalojo, éstos podrán ser finalmente identificados y se podrá continuar el procedimiento contra ellos.
5. Cabe también que el juez decida informar a los presuntos usurpadores de la adopción de una medida de desalojo que los afecta y que se dirija a los mismos en los términos de “ignorados ocupantes”. No obstante, no podrá proceder a su imputación en estos términos y, en este sentido, carecerán de la postulación procesal necesaria para su representación y defensa.
6. Por último, el juez de instrucción puede decidir la adopción de la medida de desalojo cautelar sin ni siquiera intentar la identificación de los moradores del inmueble.

⁷⁰¹ En el caso de no ser posible la identificación en el interior del inmueble por negarse a la misma, sería posible la detención a tal fin.

⁷⁰² Como ya se ha expuesto, desde la perspectiva que aquí se defiende, esta solución sería adecuada en los casos en los que se justifica una necesidad y urgencia en la adopción de la medida apuntada, para posibilitar la continuación del procedimiento y como alternativa menos gravosa al desalojo cautelar.

⁷⁰³ AAP Sta Cruz de Tenerife, de 29 de noviembre (Ana Esmeralda Casado Portilla).

De todas las posibles soluciones expuestas, en relación a los supuestos en que no puede realizarse la identificación de los presuntos usurpadores (números 2, 3, 4, 5 y 6), la más acorde con la legalidad es la que resuelve el sobreseimiento provisional de las actuaciones (número 3). No obstante, entiendo que también debe descartarse, porque no permite resolver el conflicto derivado de la usurpación.

En mi opinión, lo adecuado en los casos en los que existen dificultades en relación a la identificación de los autores de una ocupación, es la intensificación de la labor investigadora por parte de la policía. Si bien es cierto, que puede tratarse de una tarea difícil, no puede ser imposible, en la medida en que los ocupantes del inmueble o, al menos alguno de ellos, debe entrar y salir del mismo a los efectos de recabar provisiones. No obstante, si lo anterior resultara infructuoso, se constatará mala fe por parte de los usurpadores, existiera una urgencia real y probada respecto de la adopción de la medida para la continuación del procedimiento y la fase de instrucción se estuviera prolongando considerablemente, entiendo que cabría la emisión por parte del juzgado, de una orden de entrada a efectos identificativos. Considero que, en este caso, la medida sería necesaria y proporcionada, en la medida en que la afectación del derecho a la intimidad sería mínimo, pues sería una entrada sin registro y posibilitaría la imputación y la posibilidad de citar a los ocupantes del inmueble a declarar en defensa de sus intereses. En cualquier caso, entiendo que esta autorización de entrada sería menos gravosa que una medida cautelar de desalojo⁷⁰⁴ y que esta última debería adoptarse únicamente después de haber oído a los denunciados o querrelados y de haberles dotado de la condición de imputados.

II.2.B. La averiguación de los hechos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el libro II “Del sumario”, a la regulación de una serie de diligencias de muy diversa índole, mezcladas con otros aspectos de la fase de instrucción. En virtud del art. 758 LECrim, en el marco de la regulación del procedimiento abreviado: “El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título”. Dado que los arts. 774 y ss., referentes a la articulación de las diligencias previas no especifican qué actuaciones judiciales pueden realizarse en el marco del procedimiento abreviado, deben extrapolarse las que se recogen en la regulación del sumario. De entre éstas, aquí nos referimos únicamente a aquellas que pueden afectar a un procedimiento en el que se enjuicia un caso de usurpación pacífica de inmuebles y se especifica cómo puede afectar su ejecución a los intereses de la acusación y de la defensa.

⁷⁰⁴ La medida cautelar de desalojo no es coherente en términos de necesidad y de proporcionalidad, en un momento procesal en el que lo pertinente es la averiguación de la identidad de los autores de los hechos y de las circunstancias en las que éstos se produjeron.

1. Inspección ocular. Esta diligencia, también denominada reconocimiento judicial, tiene la función de que el juez tome conocimiento *in situ* de todo aquello que guarde relación con la existencia y naturaleza del hecho delictivo. Así el art. 326 LECrim dispone lo siguiente: “A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa”. En la práctica no se adopta esta medida en los casos de usurpación. No obstante, podría ser útil, desde la perspectiva de la defensa, para determinar el estado del inmueble, dado que, si éste se hallare en condiciones de abandono, la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la causa sería la civil. Por otra parte, desde la óptica de la acusación, podría adquirir relevancia para demostrar lo contrario y también podría ser importante a la hora de conocer si se ha producido la fractura de alguna puerta o ventanas. Esto último para verificar si existían medios de exclusión de terceros y para valorar los posibles daños⁷⁰⁵. En todo caso, la práctica de esta diligencia podría estar vinculada a la adopción de una orden de entrada en el interior del inmueble usurpado, en los casos en los que los ocupantes no dieran su consentimiento al respecto⁷⁰⁶.
2. El cuerpo del delito. Bajo esta rúbrica, la LECrim regula una serie de diligencias encaminadas al conocimiento de si los hechos son constitutivos de delito, cuáles son los objetos utilizados en su comisión y las consecuencias que puedan derivarse. El art. 334 LECrim se refiere a la recogida, descripción, retención, conservación o destrucción del instrumento delictivo. En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, pueden descomisarse policialmente las herramientas utilizadas para forzar la puerta de acceso al inmueble que se pretendiera ocupar, en los supuestos en los que los autores de los hechos son interceptados antes de hacer efectiva la toma de posesión del inmueble.
3. Las declaraciones de los testigos. En el caso del delito estudiado, pueden ser testigos todas aquellas personas que hayan visto la entrada de los usurpadores en el inmueble ajeno. También las que puedan informar sobre el momento en el que ésta se produjo, por haber constatado la presencia de personas en el inmueble o diferencias claras en el estado de éste a partir de cierto momento (como por ejemplo una ruptura o un cambio de cerradura). El juez instructor podrá llamar a declarar como testigos a las personas señaladas en el atestado, en la denuncia y a todos aquellos sujetos que, sin aparecer consignados en los escritos, se estime en el curso de las investigaciones que puedan tener conocimientos relacionados con el hecho punible (art. 421 LECrim). En general, son testigos de las usurpaciones

⁷⁰⁵ En el caso de haberse producido daños, podría apreciarse la concurrencia de un delito de daños conexo, en concurso medial, con el de usurpación.

⁷⁰⁶ En relación a la práctica de esta diligencia véase *supra* II.2.A. Identificación de los autores.

los vecinos del inmueble ocupado. No obstante, podría caber el caso de que una persona fuera identificada saliendo del inmueble y que fuera llamada a declarar en calidad de imputado, pero que, tras declarar no habitar el inmueble y sólo haber estado de visita, adquiriese la condición de testigo⁷⁰⁷.

4. Los informes periciales. El informe pericial es el dictamen realizado respecto a las circunstancias importantes para la investigación, por personas expertas, con conocimientos especializados de los que el juez carece (art. 456 LECrim). En los casos de usurpación de inmuebles, podría ser interesante el uso de esta diligencia por parte de la defensa en aras a valorar el estado del inmueble, esto es, el tiempo que lleva deshabitado, el grado de deterioro (...). Todo ello, para permitir establecer si se halla simplemente deshabitado o por el contrario abandonado y se trata, en este sentido, de un objeto inidoneo. Por otra parte, también podría ser interesante su uso por parte de la acusación en aras de probar la concurrencia de daños y a valorar la afectación de la posesión. No obstante, en la práctica no se emplea esta diligencia. En efecto, la jurisprudencia que se refiere a la prueba pericial, en relación al tipo de usurpación, es casuística. Así, hallamos referencia a este tema en SAP Zaragoza 193/2009, en relación a la tasación de los daños y perjuicios derivados de la usurpación y con independencia del delito de daños⁷⁰⁸. Por otra parte, en AAP Barcelona 1032/2005, la prueba pericial se refiere a la valoración de los desperfectos causados para realizar y mantener la usurpación, pero integrados en el tipo de daños⁷⁰⁹.

5. Diligencias para determinar el daño y el responsable. Como ya se ha indicado, las usurpaciones pacíficas de inmuebles se realizan en numerosas ocasiones en concurso medial con el delito de daños⁷¹⁰. En estos casos, atendiendo a las reglas de conexidad se habrán de enjuiciar ambos delitos en un mismo procedimiento. Si no se ha hecho reserva de la acción civil, para su ejercicio a través de un proceso civil diferenciado, las diligencias previas también habrán de encaminarse a determinar el daño originado y la responsabilidad civil que del mismo deriva. Ello se articula mediante la llamada pieza de responsabilidad civil. Por su parte, el tema de la determinación del responsable ya se ha tratado en profundidad en el epígrafe anterior.

⁷⁰⁷ Podría aportar, como prueba de la veracidad de esta declaración, el certificado de empadronamiento en un inmueble distinto.

⁷⁰⁸ SAP Zaragoza 193/2009, de 3 de marzo (Miguel Angel López de Hierro).

⁷⁰⁹ AAP Barcelona 1032/2005, de 19 de julio (José Luís Félix García).

⁷¹⁰ AAP Barcelona 1032/2005, de 19 de julio (José Luís Félix García); SAP Barcelona, de 17 de marzo de 1998 (Montserrat Arroyo Romagosa).

6. Declaración del perjudicado. Como ya se ha expuesto, esta figura, en el marco del proceso para el enjuiciamiento de las usurpaciones de inmuebles, se corresponde con el propietario del inmueble ocupado. La comparecencia a la citación para declarar es obligatoria, pero es facultativo hacerlo asistido de abogado y procurador. En este último caso, el perjudicado adquirirá la condición de parte en el proceso y será informado de todas las actuaciones que en el mismo se sustancien. No obstante, cuando el perjudicado no se muestra parte en la causa, no por eso se entiende que renuncia al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme. La renuncia de este derecho debe efectuarse, en su caso, de manera expresa y terminante.

En los casos de usurpación, tal renuncia no se produce en ningún supuesto, en la medida en que siempre hay interés por parte del perjudicado en la restitución de la posesión sobre el bien jurídico usurpado. En cualquier caso, de existir tal renuncia una vez incoado el procedimiento, se trataría de un supuesto de consentimiento postconsumativo que no afectaría a la tipicidad de la conducta.

Por otra parte, dada la importancia de la figura del propietario en el marco de las usurpaciones de inmuebles, debido a que su intervención como denunciante o querellante es presupuesto del inicio del procedimiento, parece conveniente que en el momento de interponer la denuncia, en el marco de la declaración o junto con el escrito de personación, se presente la documentación acreditativa de la titularidad del inmueble⁷¹¹.

Además del dominio, ha de quedar acreditada la falta de consentimiento del propietario con respecto a la ocupación, o su voluntad contraria al mantenimiento en la misma. Entiendo que, con respecto a la primera conducta típica, bastaría con la declaración del propietario manifestando la ausencia de consentimiento. En el caso de existir un contrato legitimador de la ocupación del inmueble, correspondería a la defensa demostrar su existencia. Por otra parte, ya se ha expresado el desacuerdo jurisprudencial y doctrinal vigente en relación a cómo debe manifestarse la voluntad contraria del propietario para que se pueda presumir su conocimiento por parte de los usurpadores⁷¹².

⁷¹¹ SAP Soria 1/2002, de 10 de enero (Rafael Fernández Martínez); SAP Vizcaya 22/2011, de 10 de enero (Ángel Gil Hernández); AAP Cuenca 107/2006, de 5 de julio (Ernesto Casado Delgado), acuerda el sobreseimiento provisional por falta de acreditación de la titularidad. Por otra parte, la SAP 158/1999, de 15 de marzo (Lourdes Sanz Calvo), exige la prueba de la titularidad del inmueble, pero se indica que no es necesaria la inscripción registral del mismo, para poder condenar por el delito.

⁷¹² Véase *supra* III.2. Mantenerse en la usurpación, contra el consentimiento del titular.

II.2.C. Las medidas cautelares y medidas restrictivas de derechos no cautelares.

Las medidas cautelares son aquellas actuaciones, fundamentadas en una resolución judicial motivada, que afectan intereses del imputado, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de lo que disponga la sentencia⁷¹³. En relación al tema de las medidas cautelares se suscitan ciertas cuestiones de interés. En primer lugar, si su finalidad se reduce a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia o si puede fundamentarse la adopción de una medida cautelar, en fines distintos del apuntado. En segundo término, cuáles son los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares. Finalmente si existen varias clases.

En este epígrafe se examinarán estas cuestiones. A continuación se hará una breve referencia a cada una de las medidas cautelares que pueden afectar a un proceso en el que se enjuicie un caso de usurpación de inmuebles. Finalmente, se analizará en profundidad la medida cautelar de desalojo, dado que es la más utilizada en el marco del proceso penal por usurpación.

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido entre las medidas cautelares personales, que comprenderían aquellas que restringen la libertad de movimientos del imputado y las medidas reales o civiles que, en términos generales, serían aquellas que afectan a su patrimonio⁷¹⁴. No obstante, si se analiza la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cuestión no queda clara en absoluto. En este sentido, en el Libro IV, Título II, Capítulo I de la mencionada Ley, hallamos en primer lugar una remisión a las “normas comunes de esta Ley” es decir a lo contemplado en las Disposiciones generales y en el Procedimiento Ordinario, con las “modificaciones consignadas en este Título” (art. 758 LECrim). Por su parte, el art. 763 LECrim, al que ya nos hemos referido con anterioridad, legitima al Juez o Tribunal para acordar la detención o cualquier medida privativa de libertad o restrictiva de derechos, conforme a las reglas de “esta Ley”. Aquí vuelve a haber otra remisión a las disposiciones generales y al procedimiento ordinario. A continuación, el art. 764.1 LECrim dispone que: “Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas (...)”. En su apartado 2º, el mencionado precepto se remite a la legislación civil y

⁷¹³ Toda la doctrina coincide en otorgar esta finalidad a las medidas cautelares. No obstante, a partir de este consenso, no existe acuerdo en relación a si las medidas cautelares pueden atender a otros objetivos diferentes además del enunciado y, en caso afirmativo, cuáles deberían ser éstos.

⁷¹⁴ ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, p.176; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho procesal penal*, pp. 393 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, 175 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 317 y ss.

establece que: “A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Si, a la vista de lo anterior, nos remitimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil, encontramos que el Título VI, está dedicado al análisis de “Las medidas cautelares”. De momento parece que, según lo apuntado, la Ley únicamente emplea la expresión “medidas cautelares” para referirse a las denominadas “medidas cautelares civiles o reales”. En efecto, si examinamos la regulación del procedimiento ordinario, en atención a lo dispuesto en el art. 763 LECrim, para determinar bajo qué presupuestos podrá acordarse “la detención y demás medidas restrictivas de derechos”, se observa que tampoco aquí aparece en ningún momento la expresión “medida cautelar”. Así, en el marco del Libro II, el Título VI se encabeza con la rúbrica “De la citación, de la detención y de la prisión provisional” y los tres primeros Capítulos que lo integran se dedican a determinar los presupuestos y límites para su adopción. Pero también, en el marco de este mismo Título VI, el Capítulo IV se refiere al “ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos”. A continuación, en el Título VII se regula “la libertad provisional del procesado”. Por su parte, el Título VIII se dedica a “la entrada y registro en lugar cerrado (...)”. El Título IX se encabeza con la rúbrica “De las fianzas y embargos”, el Título X se refiere a “De la responsabilidad civil de terceras personas”. Por último, el Título XI trata “De la conclusión del sumario y del sobreseimiento”. Del examen contrastado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace patente la diferencia entre ambas, en relación a la cuestión que aquí nos ocupa. Así, la primera dedica un Título completo al análisis ordenado de las “medidas cautelares” y, la segunda, por el contrario, en el marco del procedimiento abreviado, remite expresamente a la legislación civil y a lo dispuesto en el procedimiento ordinario y, en este último, realiza una regulación fragmentaria de lo que la doctrina ha denominado “medidas cautelares personales”, en el marco del Libro destinado al Sumario y junto con diligencias, actuaciones y derechos del imputado que no tienen esta consideración.

Sin embargo, la expresión “medida cautelar” no es totalmente ajena a medidas de naturaleza penal. En este sentido, en el marco del Libro I LECrim, en el que se regular las disposiciones generales, el art. 13 LECrim dispone: “Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”. Por su parte, el art. 544 bis autoriza, cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, a imponer “cauteladamente” al inculcado las prohibiciones de

residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas; o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. En el mismo orden de cosas, el art. 544 ter 6º LECrim, en el marco de la orden de protección de la víctima de la violencia de género, establece que: “Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima”.

Todo lo expuesto en los párrafos precedentes es útil a efectos de determinar si es uno o son varios los fines de las denominadas “medidas cautelares”. Respecto a las medidas cautelares civiles, la cuestión es clara en virtud del art. 726 LEC, que limita la adopción de las medidas cautelares a posibilitar “la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse a una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso”. Por su parte, las medidas penales comportan mayores problemas. Así, hay autores que entienden que las mismas tienen por función el garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia⁷¹⁵, mientras que otros defienden que, junto con la finalidad apuntada, está la de asegurar la celebración del juicio oral⁷¹⁶. Por último hay quien añade a estos fines los de garantizar que la sentencia responda lo más posible a la verdad material de lo ocurrido y de evitar que la afectación del bien jurídico protegido no se prolongue durante el transcurso del proceso⁷¹⁷.

En mi opinión, parece acertada la distinción que efectúa GIMENO SENDRA⁷¹⁸ al contraponer las medidas cautelares a lo que este autor denomina “resoluciones provisionales (einstweilige Verfügungen)”. Según este autor, las primeras tendrían por objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia y, las segundas, estarían orientadas a “posibilitar el cumplimiento de los fines del proceso, dotándolo de eficacia, así como proteger determinados bienes e intereses constitucionales, fundamentalmente el de la protección de la víctima”⁷¹⁹. Únicamente difiere en el sentido de entender que las medidas cautelares penales, junto a la finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia,

⁷¹⁵ Véase, por todos, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 317.

⁷¹⁶ Véase, por todos, ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, p. 176; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho procesal penal*, pp. 393 y ss.

⁷¹⁷ En la doctrina, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 162. En la jurisprudencia, AAP Barcelona 624/2004, de 22 de diciembre (Pedro Martín García); AAP Islas Baleares 469/2010, de 29 de septiembre (Mónica de la Serna de Pedro); AAP Guipúzcoa 195/2011, de 21 de octubre (M^a Teresa Fontcuberta de la Torre).

⁷¹⁸ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 317 y ss.

⁷¹⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 320 y ss.

pueden responder también a la de garantizar la protección de la víctima, en función de lo dispuesto en el art. 13 LECrim, en relación a los arts. 544 bis y ter LECrim. En efecto, medidas cautelares son, según el lenguaje común, aquellas destinadas a prevenir la consecución de un determinado fin o a precaver lo que pueda dificultarlo⁷²⁰. Según lo anterior, las medidas cautelares de naturaleza civil tendrían por objeto “precaver” lo que pudiera dificultar el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia. Por su parte, las medidas cautelares penales responderían a la doble finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia y de evitar preventivamente la puesta en peligro de la víctima⁷²¹.

Así las cosas, cualquier restricción de derechos adoptada por un juzgado motivadamente, pero con una finalidad distinta de las apuntadas, no es propiamente una medida cautelar⁷²². El rasgo diferenciador entre las medidas cautelares y otras resoluciones restrictivas de derechos, está en la finalidad de unas y otras. Así, las primeras son fruto de una necesidad de prevención o “cautela” de los tribunales, respecto a una posible ineficacia futura de la sentencia o a una situación de peligro para la víctima. Así, la finalidad de la medida cautelar es siempre preventiva. En cambio, las segundas no estarían orientadas a un fin cautelar respecto de un resultado futuro, ya sea para precaver su cumplimiento (protección de la víctima)⁷²³ o para prevenir las dificultades para la consecución del mismo (eficacia de la sentencia)⁷²⁴, si no a garantizar la continuación presente del procedimiento⁷²⁵. Así, el rasgo distintivo claro entre unas y otras será precisamente el carácter cautelar de las primeras frente al de las segundas. A lo anterior debe añadirse, que ciertas medidas restrictivas de derechos pueden resultar cautelares en ciertas circunstancias y simplemente provisionales en otras. Así ocurre con la prisión que, según su finalidad, puede resultar cautelar, provisional o incluso ser la pena a imponer como consecuencia de una condena.

Todo lo expuesto hasta el momento reviste importancia en relación al enjuiciamiento de los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles porque, desde el momento en que se atribuya la calificación de medida cautelar a una determinada restricción de derechos, únicamente se podrá legitimar la misma cuando la finalidad de su adopción sea la de asegurar el cumplimiento de la sentencia, en el caso de las medidas cautelares civiles o, también, la de proteger a la víctima, en el de las penales. Ello adquirirá relevancia al tratar del desalojo cautelar.

⁷²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*.

⁷²¹ En este punto difiero de GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 320.

⁷²² Es en este sentido, pues, en el que me parece acertada la distinción planteada por GIMENO SENDRA.

⁷²³ Así, las medidas restrictivas de derechos contempladas en los arts. 544 bis y ter, para garantizar la protección de la misma, tendrán la consideración de medidas cautelares de naturaleza penal.

⁷²⁴ Por ejemplo la prisión provisional para evitar la fuga del delincuente.

⁷²⁵ Tal sería el caso de la citación.

En los epígrafes siguientes se profundiza en el concepto de “medida cautelar” y se analizan cuales son aquellas medidas cautelares que pueden adoptarse en un procedimiento para el enjuiciamiento de las usurpaciones de inmueble. En el marco de este estudio, se dará especial relevancia al examen de la medida de desalojo cautelar del inmueble usurpado. Una vez se hayan examinado todos estos aspectos relativos a las medias cautelares, se analizarán las medidas restrictivas de derechos, “no cautelares”, que pueden ser adoptadas en un proceso de usurpación.

II.2.C.a. Finalidades, presupuestos y características de las medidas cautelares.

Como ya se ha expuesto, la finalidad de las medias cautelares civiles únicamente es la de asegurar la eficacia de lo dispuesto en la sentencia. Ya hemos visto, también, que en el caso de las medias cautelares penales, a este objetivo puede añadirse el de proteger a la víctima. No obstante, todo lo dispuesto en la LEC en cuanto a los presupuestos y características de las medidas cautelares civiles, entiendo que son de aplicación también a las penales⁷²⁶.

Según el art. 726 LEC, la adopción de una medida cautelar debe condicionarse a la concurrencia de dos presupuestos y una condición⁷²⁷. Los presupuestos son, en primer lugar, la existencia de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal y civil del sujeto sobre el que recae la medida⁷²⁸ y, en segundo lugar, la concurrencia de un

⁷²⁶ De lo dispuesto en el art. 544 bis LECrim se extrae que las medidas cautelares penales únicamente podrán ser ordenadas por un Juez o Tribunal cuando sean estrictamente necesarias. Además, su adopción deberá motivarse y responder a la finalidad preventiva de proteger a la víctima. De lo anterior se deriva también la exigencia de los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, dado que la medida únicamente será “estrictamente necesaria” cuando exista apariencia de buen derecho y un peligro real para la víctima en el caso de postergar o evitar su adopción.

⁷²⁷ En este sentido, el art. 728.1 LEC se encabeza con el Título: “Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caucción”. Al respecto de las medidas cautelares véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, pp. 443 y ss.

⁷²⁸ En la doctrina, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 317; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 164; ASENSIO MELLADO, J. M^a, *Derecho procesal penal*, pp. 176 y ss.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., en DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho procesal penal*, pp. 393 y ss. En la jurisprudencia, AAP Barcelona 624/2004, de 22 de diciembre (José Carlos Iglesias Martín). “A la hora de razonar la decisión del Tribunal, debe comenzarse indicando algo tan obvio como que, al acordar la continuación de lo que empezó como diligencias urgentes, por el trámite de diligencias previas, accediendo a la petición que le fue realizada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, el juzgador admitió la existencia de motivos bastantes para entender a nivel indiciario que se había cometido un delito de usurpación previsto y penado en el art 245.2º del CP, precepto donde se tipifica la conducta de quien ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular,

*periculum in mora*⁷²⁹. Respecto a la condición, “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del condenado” (art. 728.3 LEC). En los casos de las usurpaciones, los jueces consideran que concurre el primer presupuesto cuando la propiedad ha acreditado la titularidad del inmueble. Con respecto al segundo, en relación al tema que tratamos, podría alegarse *periculum in mora* cuando se demostrara que la ocupación está infringiendo daños cuantiosos al inmueble y que la privación ocasiona graves perjuicios.

Hasta aquí se ha analizado cuál es la finalidad de las medidas cautelares y cuáles son sus presupuestos y la condición que deben concurrir para su adopción. Todo ello es relevante, en aras a determinar los límites, requisitos y consecuencias legítimas de las medidas cautelares, en el marco del enjuiciamiento de los supuestos de usurpación de inmuebles. A continuación y, por el mismo motivo, se exponen cuáles son sus características. En este sentido, de las medidas cautelares se predica: 1- La jurisdiccionalidad. En función de la misma, la medida debe ser adoptada por un órgano judicial, pero siempre a instancia de parte (arts. 721 y 722 LEC). 2- La instrumentalidad, es decir, las medidas no pueden configurarse como un fin en sí mismas, sino como mero instrumento para hacer efectivo el proceso y la sentencia que

siendo responsables del mismo los imputados José Ramón y Gabino”. En el mismo sentido AAP Madrid 282/2011, de 5 de mayo (Ignacio José Fernández Soto)

⁷²⁹ Con respecto a la medida cautelar de desalojo, AAP Barcelona 201/2012, de 7 de mayo (María Mercedes Otero Abrodos): “Pero en todo caso, y como medida cautelar, su adopción exige que se guarde el necesario equilibrio entre las expectativas de aplicación del *ius puniendi* propias del proceso penal y el carácter anticipatorio de la pena que algunas de ellas llevan aparejada, pues la tutela cautelar es restrictiva de derechos. Por ello para su adopción es necesario que concurren los necesarios presupuestos habilitantes. En primer lugar la apariencia de buen derecho, que se fundamenta en una presunción provisional suficientemente fundada en términos fácticos y racionales de la participación del imputado en un hecho punible. Respecto a este presupuesto, de lo actuado resulta en efecto que los hechos denunciados son indiciariamente subsumibles en el tipo delictivo de usurpación y los recurrentes, con la provisionalidad propia de la fase en que se encuentran las actuaciones, aparecen como presuntos responsables. Ahora bien, la adopción de la medida recurrida exige además, la apreciación racional de peligro de retraso entendido tanto como de retardo en la conclusión del mismo como de que resulte imposible la ejecución, todo ello por ser razonablemente presumible un comportamiento del imputado que dificulte o impida el desarrollo del proceso. Y es precisamente este presupuesto el que estimamos no concurre en el supuesto de autos, en el que no hay motivos de urgencia, teniendo en cuenta que el inmueble estaba cerrado y en desuso desde hacía tiempo antes de la ocupación, como así lo declaró a las policía actuante la Sra. Santiago en calidad de Directora de la sociedad propietaria, sin que conste que haya motivo alguno que justifique la adopción de una medida más allá del lógico interés de recuperar la posesión del inmueble de su propiedad”. En cambio, en el AAP Barcelona 122/2012, de 20 de febrero (Yolanda Rueda Soriano), se entienden cumplimentados ambos requisitos, por demostrarse la titularidad del bien y porque la perjudicada se ve obligada alquilar una habitación, por verse privada del goce y disfrute de su propiedad.

del mismo recaiga (art. 726.1.1º LEC)⁷³⁰. La instrumentalidad de las medidas también conlleva que deban estar dirigidas a la concreta finalidad que la ley prevé para ellas. 3- La idoneidad⁷³¹. Según lo cual la medida debe ser adecuada para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia. En este sentido, debe consistir en el medio efectivo menos gravoso (art. 726.1.1º LEC). 4- La proporcionalidad. Que supone que siempre debe adoptarse la medida menos perjudicial para el imputado (art. 726.1.2º LEC).

II.2.C.b. Las medidas cautelares que pueden adoptarse en un procedimiento penal por usurpación de inmuebles.

- ***El desalojo cautelar como medida civil.***

La medida cautelar de desalojo, que ha dado en conocerse como “desalojo exprés”, es la más utilizada por nuestros juzgados en el marco de un procedimiento penal en el que se enjuicia un caso de usurpación pacífica de inmuebles⁷³². Una interpretación que puede hacerse, respecto de la naturaleza la misma, es que se trata de una medida de naturaleza civil que tiene por objeto asegurar la pretensión civil acumulada en el proceso, en relación a los conceptos de restitución y de reparación del daño, recogidos en el art. 110

⁷³⁰ En los casos de usurpaciones pacíficas de inmuebles, en numerosas ocasiones el desalojo cautelar se utiliza para poner fin al proceso. Como se ya se ha visto, en algunas ocasiones el juez de instrucción decide “semi-imputar” a los moradores del inmueble usurpado, a través de la figura de “los ignorados ocupantes”. En estos casos, los presuntos usurpadores, no identificados, pueden tener conocimiento de la adopción de una medida cautelar de desalojo y abandonar el inmueble antes de que la misma se produzca, sin haber sido imputados. En este ejemplo, la medida de desalojo pondría fin al proceso. Así mismo, cabría otro supuesto hipotético, en el que los ocupantes del inmueble no fueran informados de la adopción de una medida de desalojo. En este caso, tras el mismo, podría archivarse el proceso por desconocimiento de las identidades de los autores de la primera conducta típica y por no haber ningún sujeto al que atribuir la realización de la segunda conducta, al no haber sido notificada la denuncia. De nuevo aquí la medida cautelar serviría para poner fin al proceso.

⁷³¹ AAP Guipúzcoa 195/2011, de 21 de octubre (María Teresa Fontcuberta de la Torre).

⁷³² Al respecto, AAP Madrid 623/2011, de 30 de septiembre (María del Pilar de Prada Bengoa); AAP Guipúzcoa 48/2007, de 13 de abril (Begoña Argal Lara); AAP Barcelona 624/2004, de 22 de diciembre (Carlos Iglesias Martín); SJP nº 3 de Barcelona 198/2002, de 31 de mayo (Santiago Vidal i Marsal); SJP núm. 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal Marsal). Esta sentencia es de gran interés, porque el juzgado acaba absolviendo a los acusados por entender que la vía adecuada es la civil. No obstante, en fase de instrucción se acordó el desalojo cautelar y la propiedad procedió al derribo del inmueble. Aquí se ve claramente el problema del desalojo cautelar: los ocupantes del inmueble no pueden ser restaurados en su posesión que era legítima y únicamente podía ser cesada por el derecho. En la doctrina véase MARTÍNEZ LÓPEZ, M., en DÍAZ OURETA, F. (coord.)/LOURÉS SEOANE Mª. L., *Desigualdad social y vivienda*, p.118.

CP⁷³³. Como medida cautelar y civil, su finalidad sería la de asegurar la eficacia de lo dispuesto en una posible sentencia estimatoria, combatiendo el peligro en la demora que acarrea el desarrollo del proceso. En apoyo de esta interpretación, el art. 764.2 LECrim es claro al disponer que, a los efectos de la adopción de medidas cautelares civiles, “(...) se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Por su parte, el art. 726 LEC, en el marco de la regulación de las medidas cautelares civiles, admite como única finalidad posible de éstas, el garantizar la efectividad de lo dispuesto en una sentencia. Si se asume esta postura, en atención a esta única finalidad legitimadora que se le reconoce, únicamente cabría su adopción en los siguientes supuestos:

1. El supuesto más claro, en el que podría justificarse la adopción de la medida estudiada, sería aquel en el que se verifica la existencia de peligro de deterioro del bien inmueble o de riesgo de que se causen daños irreparables en el mismo⁷³⁴. En este caso, la carga de la prueba de la concurrencia del riesgo de deterioro o daño del inmueble, recaería en el propietario⁷³⁵. No obstante, en atención a lo dispuesto en el art. 726.2 LEC, siempre deberá aplicarse la medida eficaz menos lesiva. Así, por ejemplo, en supuestos en los que existe necesidad de realizar obras de mantenimiento en el inmueble, debería intentarse la realización de un peritaje y de las mismas obras con el consentimiento de los usurpadores, antes de desalojarlos a tales efectos.
2. En segundo lugar, también cabría alegar la necesidad de adopción de la medida de desalojo, con base en la posibilidad de disposición, por parte de los usurpadores, de objetos muebles habidos en el interior del inmueble. En este caso, el propietario debería demostrar la realidad de tal peligro y su vinculación con la imposibilidad de recuperar el inmueble en los términos actuales, en el caso de una futura sentencia estimatoria de tal pretensión. No obstante, también en estos casos, deberá valorarse la posibilidad de adoptar una medida menos lesiva a la del desalojo, en los términos del art. 726.2 LEC. En relación a aquellos supuestos en los que se verifica el eventual riesgo de disposición de

⁷³³ Al respecto de la clasificación y de la caracterización de las medidas cautelares civiles, véase GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 363 y ss.; ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal penal*, pp. 205 y ss.

⁷³⁴ AAP 201/2012, de 7 de mayo (María Mercedes Otero Abrodos). En esta sentencia, que ya ha sido citada con anterioridad, la Audiencia expone que el *periculum in mora* debe hacer referencia a un retraso real en el procedimiento que ponga en peligro la ejecución de la sentencia. No basta el mero interés del propietario en recuperar la posesión.

⁷³⁵ Según el art. 728.1 LEC: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

ciertos enseres del inmueble, por parte de los usurpadores del mismo, cabría autorizar judicialmente la entrada en el mismo, a los efectos de: 1. Elaborar inventario de las cosas muebles habidas en su interior e imponer la prestación de una fianza a los efectos de garantizar la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la pérdida de dichos objetos. 2. En el caso de que no se prestara la fianza apuntada, dictar el comiso de aquellas que pudieran sufrir un mayor riesgo de disposición.

3. Por último, entiendo que también cabría apreciar la aplicación de la medida cautelar de desalojo en un último supuesto. En este sentido, en casos de bienes inmuebles que se hallaban en proyecto de venta, de alquiler o de ser habitados por su legítimo propietario, entiendo que podría plantearse la fijación de una caución a los usurpadores. Las razones serían las siguientes: 1. Para poder atender a una posible responsabilidad civil por la eventual imposibilidad de realizar la venta en el precio de mercado, por estar el inmueble ocupado. 2. Para poder hacer frente a la responsabilidad civil derivada del impago del alquiler. 3. Para compensar los posibles pagos en concepto de alquiler que el propietario hubiere tenido que hacer por haber estado desprovisto de la posibilidad de habitar el inmueble de su propiedad. Cuando los usurpadores no hicieren frente al abono de dicha caución, ya fuere por vía voluntaria o ejecutiva, y no pudiese garantizarse por este cauce menos lesivo la eficacia de una sentencia, en la que se les condenara a abonar ciertas cantidades en concepto de responsabilidad civil, podría quedar justificado el desalojo cautelar para impedir la ineficacia de la condena al pago de la responsabilidad civil. No obstante, esta última posibilidad de fundamentar la adopción de la medida cautelar de desalojo debe ser interpretada y aplicada muy restrictivamente para evitar abusos. Así, en los casos de bienes en venta, únicamente cuando la venta del bien inmueble se estuviere gestionando desde antes de la ejecución, se verificase una posibilidad real de venta y hubiere urgencia demostrada en realizarla, de manera que, con posterioridad a la sentencia, la misma no pudiese llevarse a cabo en los mismos términos. En los casos de alquiler, cuando el inmueble estuviere preparado a los efectos, el alquiler ya estuviere siendo gestionado y apareciera un arrendatario potencial. Respecto a los casos en los que es el propietario el que alega querer entrar a habitar el inmueble debe demostrarse, como en los otros supuestos, que esta voluntad parte de antes de la usurpación y que el inmueble estaba ya preparado a tales efectos.

En todo caso, en atención a la finalidad de garantizar la eficacia de la sentencia, la medida debería tener carácter garantístico y no restitutivo. En efecto, su consecuencia debería ser el aseguramiento del cumplimiento de lo dispuesto en una eventual sentencia estimatoria, y no la restitución inmediata de la posesión sobre el inmueble a su legítimo propietario. Lo anterior se desprende, además, de lo dispuesto en el art. 727 LEC. En

este precepto se recogen “medidas cautelares específicas” y ninguna de ellas tiene por objeto la restitución. Así, el art. 727 LEC, en su apartado 1º, se refiere al “embargo preventivo de bienes para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos”. No se trata de ofrecer tales bienes al ofendido para compensar su posible pérdida o de entregarle el precio de su venta. La finalidad del embargo es asegurar el pago de la responsabilidad civil en el caso de que ésta se reconozca. Mientras tanto, los bienes o su precio quedan en manos del juzgado. Igualmente, el apartado 2º se refiere a “la intervención o la administración judiciales de bienes productivos”. Nuevamente es aquí el juzgado quien se hace cargo de la gestión de los bienes intervenidos. Respecto a las cosas muebles que se hallan en posesión del demandado, el apartado 3º impone el “depósito”. Por supuesto también judicial. Los apartados 4º, 5º, 6º y 7º se refieren a la posibilidad de formar inventarios, de realizar anotaciones preventivas y de ordenar el cese de actividades. Por su parte, el apartado 8º dispone “la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita. Finalmente, el apartado 9º permite “el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción. En el marco de la legislación penal, también la Ley de Enjuiciamiento Criminal respalda esta argumentación. En este sentido, el art. 620 LECrim *in fine*, dispone que: “(...) La restitución a su dueño de los instrumentos y objetos del delito no podrá verificarse en ningún caso hasta después que se haya celebrado el Juicio Oral (...)”. Como ya se ha expuesto, el objeto del delito estudiado es precisamente “el inmueble ajeno que no constituye morada de su titular”. Por consiguiente, tras el desalojo cautelar del inmueble debería seguir una ocupación judicial de éste o, en su caso, una administración judicial del mismo, pero, en ningún caso, su restitución al legítimo titular⁷³⁶.

No obstante, con carácter reciente⁷³⁷, el art. 18 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, ha dispuesto: “Las víctimas tendrán derecho a obtener, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la devolución sin demora de los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso. La devolución podrá ser denegada cuando la conservación de los efectos por la autoridad resulte imprescindible para el correcto desarrollo del proceso penal y no sea suficiente con la imposición al propietario de una obligación de conservación de los

⁷³⁶ Diferente es el caso de la legislación procesal argentina. En este sentido, el art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación prescribe: “En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”.

⁷³⁷ La Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, no contemplaba esta posibilidad.

efectos a disposición del Juez o Tribunal. Asimismo, la devolución de dichos efectos podrá denegarse, conforme a lo previsto en la legislación que sea de aplicación, cuando su conservación sea necesaria en un procedimiento de investigación técnica de un accidente”. Así las cosas, parece que, en virtud de este precepto queda legitimada la restitución del inmueble a su legítimo propietario una vez éste es incautado a los usurpadores⁷³⁸. Sin embargo, esta solución, aplicada respecto a los objetos incautados mediante medidas cautelares, puede atentar contra los atributos de provisionalidad e instrumentalidad que deben caracterizar dichas medidas (art. 726.1.2º LEC). En efecto, la inmediata restitución del inmueble a su legítimo propietario, tras el desalojo, dota a la medida estudiada de carácter permanente y final⁷³⁹. Para reducir estos efectos adversos de la previsión legal estudiada, debería condicionarse la restitución del inmueble, a la conservación del mismo por su propietario, prohibiéndose su destrucción hasta la conclusión del procedimiento.

Otro dato más a tener en cuenta, entorno a la aplicación de la medida estudiada, sería que, en función de lo dispuesto en el art 728.3 LEC, salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar debe prestar “caución suficiente, para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”⁷⁴⁰.

Por último, debe reiterarse la necesidad de concurrencia de los presupuestos de toda medida cautelar *-el fumus boni iuris y periculum in mora*⁷⁴¹, para que pueda ser de aplicación el desalojo cautelar. Respecto a la apariencia de buen derecho, entiendo que no únicamente debe quedar acreditado el título de propiedad, sino también el estado del inmueble en cuestión a los efectos de descartar que el mismo se hallara abandonado a la fecha de su ocupación. Por otro lado, en relación al requisito del *periculum in mora*, el propietario deberá acreditar: 1. Que la mora derivada del desarrollo del procedimiento penal puede tener por consecuencia un grave daño o deterioro del inmueble. Y también,

⁷³⁸ No obstante, debe criticarse la actuación de los juzgados que realizaban esta práctica con anterioridad a la vigencia de la norma reseñada.

⁷³⁹ En muchos casos, la adopción de la medida del desalojo cautelar supone la finalización del procedimiento. Ello es así en los casos en los que no se ha realizado imputación. En estos supuestos, la medida pierde completamente su carácter instrumental y se convierte en un fin en sí misma. En otras ocasiones, en el marco del desalojo los ocupantes del inmueble son identificados y puede que se siga un procedimiento contra ellos. No obstante, normalmente basta con que se autoexculpen en la declaración, para que se archive el proceso.

⁷⁴⁰ La adopción de esta medida en una fase tan precoz del proceso, en la que no se ha instruido suficiente, puede conllevar serios perjuicios difíciles de paliar en el caso por ejemplo de que no se trate de una verdadera usurpación y nos hallemos ante un inmueble abandonado o ante una situación de precario o un alquiler del que el propietario quiere deshacerse sin seguir los trámites legales oportunos. Para evitar lo anterior, tiene sentido la exigencia del pago de una caución por parte del denunciante.

⁷⁴¹ ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, pp. 205 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 161 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 317 y ss.

2. Que no existe un medio efectivo y menos lesivo que el desalojo, para evitar lo anterior.

- ***El desalojo cautelar como medida penal.***

Otra posibilidad es la de entender que el desalojo cautelar es una medida de naturaleza estrictamente penal. En este sentido se han pronunciado algunos tribunales y la doctrina⁷⁴². Esta línea interpretativa acepta la aplicación de la medida cautelar de desalojo con el objeto de evitar la continuidad en la afectación del bien jurídico protegido durante el transcurso del proceso⁷⁴³. Este sector jurisprudencial fundamenta la adopción de esta medida en lo dispuesto en el art 13 LECrim. El mencionado precepto dispone: “Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

Veamos si el contenido del precepto en cuestión puede servir de fundamentación a la adopción de la medida cautelar estudiada. Respecto a la primera parte del art. 13 LECrim: “Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito (...)”, no parece que de la misma pueda extraerse la posibilidad de justificar la medida de desalojo cautelar a partir de la finalidad de impedir la continuidad en la lesión del bien jurídico protegido. Por el contrario, se confirma que el destino de las pruebas que puedan desaparecer, y de cuanto conduzca a la comprobación del delito, es la consignación y la puesta a disposición judicial. Parece que el *quid* de la cuestión está en la segunda parte del precepto: “(...) la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”. En este sentido, SAP Madrid 623/2011⁷⁴⁴ describe la medida cautelar de desalojo como procedente y proporcionada para la protección de la perjudicada del delito y para que cesen sus efectos.

⁷⁴² MARTÍ MARTÍ, J., La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas”, pp. 1-4.

⁷⁴³ AAP Barcelona 624/2004, de 22 de diciembre (José Carlos Iglesias Martín); En el mismo sentido AAP Madrid 282/2011, de 5 de mayo (Ignacio José Fernández Soto); AAP 201/2012, de 7 de mayo (María Mercedes Otero Abrodos).

⁷⁴⁴ SAP Madrid 623/2011, de 30 de septiembre (Pilar Prada Bengoa).

A mi entender, la anterior interpretación jurisprudencial no es acorde con el sentido gramatical y sistemático del precepto reproducido. El precepto reseñado refiere que entre las primeras diligencias se halla “la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”. Según la redacción de esta parte del precepto, entiendo que cabría la adopción de medidas cautelares en el marco de las “primeras diligencias” a las que se alude. Estas medidas cautelares tendrían por objeto la protección de la víctima. No obstante, tal salvaguarda debería articularse según lo dispuesto en las leyes y no de forma arbitraria. No es legítima la adopción de medidas cautelares innominadas que afecten a derechos fundamentales⁷⁴⁵. Lo anterior se hace evidente si pensamos en el caso de la víctima de un robo con violencia e intimidación. No cabría atender contra la vida del delincuente en aras a prevenir un nuevo ataque a la víctima o represalias contra ésta. Lo que podría plantearse en este caso sería la adopción de la medida de prisión provisional. No obstante, tampoco ésta podría imponerse sin más consideraciones, sino que deberían concurrir los presupuestos y requisitos que impone la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su aplicación. Del mismo modo ocurre al tratar los casos de usurpación. Dado que la medida cautelar de desalojo es de naturaleza civil, debe ser de aplicación lo dispuesto en los arts. 721 y ss. LEC, salvo mención específica en contrario contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado que no se halla especialidad alguna en la Ley procesal penal respecto de esta medida cautelar en concreto, habremos de atender, para su adopción, a lo dispuesto en la legislación civil sobre la materia⁷⁴⁶. Según la misma (art. 726.1.1º LEC), la protección que podrá brindársele a la víctima de una usurpación de inmuebles, a través de la medida cautelar de desalojo, será la tendente a asegurar la efectividad de una sentencia estimatoria de la pretensión del propietario, cuando quede acreditada su titularidad, haya indicios de la naturaleza delictiva de la ocupación y concurra *periculum in mora*. Por lo anterior, esta protección únicamente será necesaria y

⁷⁴⁵ Véase al respecto, PUJADAS TORTOSA, V., *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, p. 375.

⁷⁴⁶ La alusión que hace el art. 13 LECrim *in fine* al art. 544 bis y ter LECrim, no modifica en ningún sentido la argumentación planteada. El art. 544 bis LECrim, autoriza respecto a los delitos contemplados en el art. 57 CP, entre los que se encuentran los delitos contra el patrimonio, a adoptar medidas cautelares penales contra el presunto autor de los mismos, para brindar protección a la víctima. En el caso de incumplimiento de estas medidas se podrán imponer “la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal (...)”. Por su parte, el art. 544 ter LECrim, en su apartado primero limita el ámbito de aplicación de la orden de protección a los casos de violencia doméstica. Según lo anterior, la previsión contemplada en el art. 13 LECrim *in fine*, únicamente autoriza, en el marco de los delitos contra el patrimonio y con la finalidad de servir de protección, a la adopción de medidas cautelares penales, restrictivas de la libertad personal.

proporcionada cuando exista un riesgo real de que la mora procesal impida la futura recuperación del inmueble en el estado en el que se halla en el momento actual.

Respecto a este presupuesto de toda medida cautelar de la existencia de un *periculum in mora*, debe criticarse la línea jurisprudencial estudiada, en la medida en que en ninguna de las sentencias que basan el desalojo en la necesidad de protección del propietario, se analiza la concurrencia de este requisito⁷⁴⁷. Ilustrador de lo anterior es el AAP Barcelona 400/2012, que establece: “Así las cosas, y por lo que hace, exclusivamente, a la adopción de la medida que aquí se combate, sí se cumplen los requisitos de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, por cuanto existen indicios racionales de criminalidad en el comportamiento de la recurrente, habida cuenta de lo analizado y, además, acreditada la titularidad de la denunciante sobre el bien inmueble cuya posesión reclama (titularidad que no consta haya sido impugnada por la apelante) y con independencia de lo que resulte finalmente de lo actuado, es obvio que, por el momento, debe accederse cautelarmente a entregar la posesión de la finca a quien no sólo afirma ser su dueña, sino que mantiene, desde el principio, que no medió su consentimiento en la ocupación de la misma por los imputados, habiendo mediado tiempo suficiente desde el principio de la instrucción para haberse verificado el total de circunstancias en que se han desarrollado los hechos”. Entiendo que en la presente sentencia se motiva la concurrencia del presupuesto del *fumus boni iuris*, pero en ningún momento se justifica la necesidad de acordar la medida por existir *periculum in mora*.

Aunque hay autos en los que sí que se tiene en cuenta la finalidad legítima de toda medida cautelar civil y en los que se analiza si concurre, o no, *periculum in mora*⁷⁴⁸, también en estos casos surge un nuevo problema. Así, en numerosas ocasiones, la parte denunciante solicita la medida estudiada, aduciendo una gran urgencia en la adopción de la misma, por existir un gran riesgo de deterioro o de pérdida de ganancias derivadas de la explotación, cuando en realidad las alegaciones son falsas. En este sentido, la parte denunciante alega la necesidad de decretar la medida cautelar, incluso en relación a inmuebles que se hallaban en patente estado de abandono antes de la usurpación, que carecen de las oportunas condiciones de habitabilidad y, con respecto de los cuales, un tiempo más de ocupación no va a suponer menoscabo de ningún tipo. Por su parte, el juzgado no realiza las diligencias oportunas para averiguar la realidad de las alegaciones de la propiedad. Se invierte así la carga de la prueba⁷⁴⁹, pues son los ocupantes del

⁷⁴⁷ En este sentido, AAP Barcelona 400/2012, de 5 de septiembre (Jesús Barrientos Pacho/Carlos Mir Puig/Mercedes Armas Galve); AAP Madrid 620/2011, de 26 de septiembre (Carlos Francisco Fraile Coloma); AAP Madrid 623/2011, de 30 de septiembre (Pilar Prada Bengoa).

⁷⁴⁸ En este sentido, hay autos que sí que se valora si realmente el retraso puede hacer peligrar la ejecución de la sentencia y, en caso contrario, niegan la aplicación de la medida estudiada: AAP 201/2012, de 7 de mayo (María Mercedes Otero Abrodos); AAP 122/2012, de 20 de febrero (Yolanda Rueda Soriano).

⁷⁴⁹ Según el art. 728.1 LEC: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las

inmueble los que deben moverse de antemano para presentar fotos u otro tipo de prueba que permita valorar si se están ocasionando daños reales o si el inmueble está en condiciones de ser alquilado o vendido, por ejemplo. Si, además, los ocupantes del mismo aún no han sido objeto de imputación, ni siquiera tienen la oportunidad de realizar lo anterior y son objeto de un “desalojo exprés” cuando no han tenido noticia de la existencia de un proceso contra ellos.

- ***Conclusión.***

De todo lo expuesto, puede concluirse que la medida cautelar de desalojo es de naturaleza civil y, en este sentido, debe tener por finalidad la de garantizar la eficacia de lo dispuesto en la sentencia. Únicamente puede ser adoptada cuando concurren los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* y, como toda medida cautelar, tiene carácter instrumental y provisional. Por otra parte, el destino que debe dársele al inmueble, una vez desalojado, es la ocupación o administración judicial. La restitución del mismo debe postergarse hasta la fase de ejecución de sentencia. Así, en relación a los casos de usurpación pacífica de inmuebles, únicamente podrá adoptarse la medida estudiada, cuando el propietario del inmueble en cuestión, demuestre su titularidad y la existencia de una urgencia en la adopción de la medida. Además debería aportar una caución como garantía del pago de una eventual responsabilidad civil prevista en el fallo de la sentencia en favor del presunto usurpador. No obstante todo lo anterior, algunos de nuestros juzgados y tribunales admiten la adopción de la medida estudiada en supuestos en los que no cumple con la finalidad que la legitima, sin valorar si concurre el presupuesto del *periculum in mora* y, sin analizar debidamente, el *fumus boni iuris* en relación a la existencia de un título legítimo de posesión en manos del usurpador, o de una inidoneidad del objeto en los casos de inmuebles en estado de abandono. Además, hacen de esta medida cautelar un cauce definitivo y permanente, para que el propietario del inmueble recupere inmediatamente la posesión sobre el inmueble objeto de litigio, obviando los atributos de provisionalidad e instrumentalidad que deberían caracterizar a toda medida cautelar. Lo anterior conduce en ocasiones a situaciones irreparables, máxime cuando, además, no se le exige al titular del bien en cuestión, el pago de ninguna caución como condición para adoptar la medida que solicita.

- ***La fianza.***

Esta medida de naturaleza civil pretende asegurar la ejecución de cualquier pronunciamiento de contenido patrimonial que pueda disponer la resolución que ponga fin al proceso. Ello se refiere: 1. Al contenido de la pretensión civil acumulada a la

medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

penal; 2. Una eventual pena de multa y 3. La condena en costas⁷⁵⁰. Según lo dispuesto en el art. 758 LECrim⁷⁵¹, en relación al art. 764.2 LECrim, debe estarse a lo dispuesto en la legislación civil en materia de medidas cautelares civiles y, en particular, en relación a la caución. En este sentido, los arts. 728.3 y 737 LECrim, imponen la prestación de una caución al solicitante de una medida cautelar, salvo que expresamente se disponga lo contrario y con carácter previo a la adopción de la medida. Respecto a la fianza, nada dice específicamente la ley procesal civil. En cualquier caso, deberá regir en cuanto a su aplicación todo lo expuesto respecto a finalidades, presupuestos y requisitos para la aplicación de las medidas cautelares civiles.

No obstante lo anterior, para aclarar el contenido de la figura de la fianza y de su relación con la caución y el embargo (art. 727 LECrim) es útil el examen de los arts 589 y 591 LECrim. El primero (589 LECrim) establece que: “Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare fianza (...)”. Por su parte, el segundo precepto citado (art. 591 LECrim) dispone que la fianza puede ser personal, pignoraticia o hipotecaria, o mediante caución en dinero efectivo o mediante aval⁷⁵².

En relación a las usurpaciones de inmuebles, de conformidad con lo expuesto y, en atención a la prevalencia de la legislación procesal civil en esta materia, entiendo que cabrá la imposición de la medida cautelar de fianza al presunto usurpador, cuando concorra el requisito del *fumus boni iuris*, es decir, cuando el propietario demuestre su titularidad y la ausencia de abandono de su inmueble y exista *periculum in mora*, esto es, cuando se verifique un peligro en la recuperación del inmueble en los términos actuales, debido a la mora procesal. Respecto a las costas procesales, también podría exigirse fianza. Lo anterior puede tener sentido en los casos en los que la parte actora viene asistida y representada por abogado y procurador. Por último, también cabría exigir la fianza para garantizar el pago de las responsabilidades penales, en la medida en que el delito estudiado lleva aparejado una pena de multa. Como ya se ha indicado, tal posibilidad puede derivarse de la redacción del art. 764 LECrim. No obstante, en relación a esta cuestión se presentan dos problemas prácticos. En primer lugar, la medida cautelar debe ser solicitada a instancia de parte y no de oficio (art. 721

⁷⁵⁰ Coincido con GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 366; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, p. 183, por entender que por “responsabilidades pecuniarias” (art 764 LECrim), cabe entender tanto la responsabilidad civil, como la responsabilidad penal de naturaleza dineraria. En sentido contrario, se manifiesta ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, p. 206.

⁷⁵¹ Este precepto dispone que: “El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título”.

⁷⁵² Al respecto de la descripción de cada una de estas formas de prestar fianza, GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 366 y ss.

LECrím). En segundo lugar, es difícil justificar en estos casos el *periculum in mora* o la posibilidad de ineficacia de la sentencia, en la medida en que las penas de multa deben adecuarse a la capacidad económica del acusado y siempre llevan aparejada una pena sustitutoria de arresto en caso de impago.

Por otro lado, tal y como prevé expresamente la legislación civil, también cabría la imposición de “caución” al solicitante de una medida cautelar, como condición para la adopción de la misma (arts. 728.3 y 737 LEC)⁷⁵³. Entiendo que también podría imponerse una fianza, en atención al pago de una condena en costas, en los casos en los que hay indicios de que la denuncia o la querrela se ha interpuesto en relación a una ocupación de naturaleza civil y no penal⁷⁵⁴.

En cuanto al embargo, el art. 727.1 LEC prevé la posibilidad de adoptar esta medida de forma independiente. Por su parte, la ley procesal penal la contempla, para los casos de incumplimiento de la obligación de prestar fianza (arts. 589 y 597 LECrím)⁷⁵⁵. Entiendo que esto último es acorde con el mandato contenido en el art. 626.1.2º de emplear siempre el medio menos lesivo entre aquellos eficaces para conseguir la finalidad asegurativa.

En conclusión, la medida cautelar de fianza podrá utilizarse con la finalidad y bajo los presupuestos y requisitos de las medidas cautelares civiles, como medida menos lesiva a la del desalojo cautelar⁷⁵⁶. Por su parte, el solicitante de la adopción de cualquier medida cautelar deberá prestar caución (fianza dineraria o mediante aval) como condición anterior a la aplicación de la medida solicitada. En el caso de incumplimiento

⁷⁵³ Como ya se ha visto, en atención a lo dispuesto en el art. 791 LECrím, la caución es una de las formas de prestar fianza.

⁷⁵⁴ SJP nº 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal i Marsal); SJP núm. 3 de Barcelona 198/2002, de 31 de mayo (Santiago Vidal i Marsal).

⁷⁵⁵ ASENCIO MELLADO, J. Mª., *Derecho procesal penal*, p. 206.

⁷⁵⁶ Esta medida, en la práctica, no suele aplicarse en los procedimientos penales por usurpación pacífica de inmuebles. Por el contrario es frecuente que se utilice en el juicio verbal por precario, como condición para que la parte demandada pueda defender sus alegaciones en el marco del procedimiento civil. Así, Edicto AP Barcelona, sobre autos de juicio verbal (Rollo 386/2011); Edicto del juzgado de 1ª instancia núm. 6 de Badalona, sobre autos de juicio verbal, expediente 271/2012; Edicto del juzgado de 1ª instancia núm. 12 de Barcelona, sobre autos de juicio verbal, expediente 427/2012. No obstante no ser utilizada en los procedimientos penales por usurpación, podría ser una medida menos agresiva que el desalojo cautelar. En efecto, permitiría cubrir las posibles pérdidas gananciales del propietario y la concurrencia de las mismas debería ser demostrada a lo largo del procedimiento. No obstante, el problema que podría plantearse es que los autores de los hechos carezcan de medios suficientes para atender el montante de las posibles pérdidas ocasionadas con la ocupación. Una buena solución podría ser que el desalojo cautelar se dispusiera como alternativa al impago de la fianza, en los casos en que se cumplieran los presupuestos de su aplicación.

de la prestación de la fianza impuesta, se realizará el embargo de los bienes del obligado en la cantidad suficiente para hacer frente a pago de la fianza exigida.

II.2.C.c. Medidas restrictivas de derechos “no cautelares”.

Como ya se ha expuesto, el art. 763 LECrim admite la adopción por parte del juez o tribunal de medidas restrictivas de derechos y remite a lo contenido en la regulación del procedimiento ordinario, para determinar los casos en los que procede su aplicación. También se ha advertido que el procedimiento ordinario no realiza una caracterización genérica de estas medidas, sino que las trata separadamente. Así, pues, no corresponde aquí hacer una descripción del contenido de lo que hemos denominado “medidas restrictivas de derechos, no cautelares”, en la medida en que lo que les es común a todas ellas es precisamente el ser medidas restrictivas de derechos y no tener por finalidad asegurar el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en la sentencia, ni garantizar la protección de la víctima. Por lo demás, para describirlas se ha de estar a lo dispuesto separadamente para cada una de ellas en las disposiciones reguladoras del sumario (arts. 259 y ss.) en el marco del procedimiento ordinario. En atención a lo anterior, a continuación se analizarán aquellas medidas que tienen relevancia en el marco de un procedimiento por usurpación por vulneración de lo dispuesto en el art. 245.2 CP.

- ***La citación.***

El Capítulo I, del Título VI LECrim, se encabeza con la rúbrica “De la citación”. En el marco de este capítulo, el art. 486 LECrim, establece que: “La persona a quien se le impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que proceda su detención”. La citación constituye una medida restrictiva de la libertad. Lo anterior no ofrece dudas desde una interpretación sistemática, dado que la citación se recoge en la rúbrica del Título VI LECrim, junto a la detención y a la prisión provisional. Además, lo expuesto se confirma en el art. 487 LECrim, en el que se dispone que: “Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención”. En este sentido, la citación comporta una restricción de la libertad del citado, en la medida en que le impone la obligación de comparecer ante el Juzgado y no le permite oponerse a tal reclamo. Por otra parte, la finalidad de la citación es la de esclarecer los hechos y posibilitar la continuación de procedimiento. Por tanto, no se trata de una medida cautelar⁷⁵⁷. No obstante, también es presupuesto de su aplicación el *fumus boni iuris*, en la medida en que el art. 486 LECrim, se refiere a “la persona a la que se le impute un hecho”. Por el contrario, no es necesario que concurra *periculum in mora*, dado que se trata de una medida cuya

⁷⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 320.

función es posibilitar el funcionamiento normal del procedimiento y no asegurar el efectivo cumplimiento de una posible sentencia condenatoria.

La articulación de la citación se establece mediante cédula, en la que debe hacerse constar, que el citado tiene la obligación de comparecer ante el juzgado, asistido de abogado, en el día y la hora que se fijan en la notificación. La asistencia letrada es una obligación y también un derecho, por lo que, si se carece de medios económicos, se puede solicitar un abogado de oficio ante el juzgado. La notificación deja claro que el día que indica la misma debe ya disponerse de letrado que asista a la declaración. No obstante, es común en los casos de usurpaciones pacíficas de inmuebles, que el citado acuda el día de la declaración sin asistencia letrada y solicite *in situ* un abogado del turno de oficio. La finalidad de lo anterior es retrasar el procedimiento y ganar más tiempo de permanencia en el inmueble⁷⁵⁸. El domicilio en el que se efectuará la notificación será el del inmueble usurpado, dado que se entiende que el imputado lo es precisamente por habitar en el mismo.

En el marco de la declaración, el imputado tiene derecho a no declarar, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo⁷⁵⁹. En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, cabe que el imputado exponga no vivir en el inmueble objeto de autos, sino solamente haber estado de visita o de paso. Ante esta declaración⁷⁶⁰, en la práctica normalmente se sobreseen provisionalmente las actuaciones, con respecto a esa persona en concreto⁷⁶¹. En este caso, sólo se reabre el expediente si el sujeto en cuestión vuelve a ser identificado en el inmueble. El sobreseimiento será definitivo si se verifica el abandono del mismo⁷⁶².

Por otra parte, como ya se ha indicado, si el usurpador se autoexculpa pero vuelve a ser identificado en el inmueble, se reabrirá el procedimiento contra él. Normalmente, si ha habido varios identificados y, al menos uno de ellos admite habitar en el inmueble usurpado, se seguirá el procedimiento contra éste y no se oficiará a la policía para que

⁷⁵⁸ No obstante, actualmente la mayoría de los juzgados solicitan directamente abogado de oficio para evitar el retraso. Si el día de la declaración, el imputado comparece con abogado propio, es éste quien le asistirá pese a haber sido citado el abogado de oficio.

⁷⁵⁹ Respecto a cómo debe articularse el interrogatorio, ASECIO MELLADO, J. Mª., *Derecho procesal penal*, pp. 134 y ss.

⁷⁶⁰ Es frecuente que se acompañe a esta declaración un certificado de empadronamiento en un inmueble distinto del usurpado.

⁷⁶¹ Si bien es cierto que la segunda conducta típica se refiere al uso del inmueble contra la voluntad del propietario, en función de los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* deben excluirse del ámbito de aplicación típico, los usos esporádicos y aquellos que por su brevedad o poca intensidad no supongan una afectación grave del bien jurídico protegido.

⁷⁶² Esto se justifica legalmente, si considera atípico el uso del inmueble, hasta el momento en que se tiene constancia de la voluntad contraria de su titular. Véase *supra* III.2. Mantenerse en la usurpación, contra el consentimiento del titular.

practique una nueva identificación. Merece especial comentario el caso del colectivo “okupa”. Como ya se ha indicado en otra parte de este trabajo, el “okupa” se inserta en el marco de la delincuencia por convicción. En este caso, aun conociendo la posibilidad de autoexculparse y el hecho de que en gran parte de ocasiones la autoexculpación conduce al sobreseimiento, el “okupa” puede decidir declarar abiertamente que habita el inmueble ajeno contra la voluntad del titular. Por otra parte, esta puede ser igualmente la declaración del usurpador, por el simple hecho de querer disponer por el mayor tiempo posible del inmueble ocupado. Cuando la usurpación es llevada a cabo por una comunidad de personas, puede llegar a compensarles que una de ellas muestre su identificación a la policía, de manera que el procedimiento se siga contra ella -lo cual en la mayor parte de ocasiones se considera policial y judicialmente como suficiente-. De esta forma, toda la comunidad puede mantenerse en la casa durante todo el tiempo del proceso⁷⁶³ y, en el caso de una condena final, únicamente uno de ellos queda con antecedentes penales⁷⁶⁴. En cuanto a la multa penal, las costas y la posible responsabilidad civil, que deriven de la condena, se pagan entre todos. Normalmente, tras el desalojo, la comunidad “okupa” usurpa otro inmueble y, esta vez, será otra persona la que asumirá la carga procesal⁷⁶⁵.

- ***La detención.***

La detención (arts. 489 a 501 LECrim) es otra medida restrictiva de la libertad del individuo (arts. 17 y ss. CE), que se regula en el mismo Título VI. Esta medida puede tener por finalidad: 1. Evitar la lesión de un bien jurídico protegido, cuando la intervención se produce en el momento de realizarse un delito o inmediatamente después a su consumación⁷⁶⁶. 2. Posibilitar el normal funcionamiento de un

⁷⁶³ En el caso de que se ordene el desalojo cautelar, podrán tener conocimiento de la fecha del mismo.

⁷⁶⁴ Ello será así, en el caso de que los demás ocupantes del inmueble lo abandonen antes de la fecha del desalojo, tras la condena firme. En caso contrario, el día del desalojo podrían ser identificados y enjuiciados por mantenerse en la usurpación. Por otra parte, cabe aquí aludir a la información contenida en OFICINA DE OKUPACIÓN, *Manual de okupación*, pp. 81-85, en donde se hace referencia a “los grupos especialmente vulnerables a la hora de prestar su identificación en una ‘okupación’” y se recomienda que no se identifiquen las personas con antecedentes y una pena en suspenso, ni los extranjeros sin papeles.

⁷⁶⁵ Es común al colectivo “okupa” el *slogan*: “un desalojo, una ‘okupación’”.

⁷⁶⁶ En el marco del delito de usurpación pacífica de inmuebles, como ya se ha expuesto, cabe la detención por particular únicamente con anterioridad a la consumación de la conducta o en los momentos inmediatamente posteriores a la misma. Por su parte, la detención policial puede articularse en los siguientes casos: En las mismas circunstancias apuntadas respecto a la detención por particular, en función de lo dispuesto en el art. 492 LECrim, en relación al art. 490 LECrim Según el primer precepto apuntado, “la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490”. Por su parte, el art. 490 LECrim, referente a la detención por particulares, autoriza la detención del que “intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo” y del “delincuente *in fraganti*”. Lo que para el particular es una facultad, para la autoridad

procedimiento, impidiendo la fuga o la rebeldía del imputado, procesado, preso o penado o, en el caso objeto de análisis, posibilitando la identificación de los autores de la usurpación. La primera finalidad no se desarrolla en el marco de la fase de Instrucción y, por ello, no se trata en este apartado. A continuación nos referimos a la segunda.

Así, en los casos en los que la policía es autorizada judicialmente, para entrar en el inmueble usurpado a los efectos de identificar a sus ocupantes y éstos se niegan a hacerlo, la detención tendría dos fundamentos legales:

1. Podría legitimarse con base en lo dispuesto en el apartado 4º del art. 492 LECrim. En este sentido, la policía podría alegar tener “motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y la participación en el mismo de la persona a quien intente detener”. No obstante, tal detención únicamente quedaría justificada si existe una negativa a ser identificados. En tales casos puede presumirse que el sujeto no “comparecerá cuando sea requerido judicialmente”, según lo dispone el apartado 3º del art. 492 LECrim, en la medida en que está incumpliendo lo ordenado por el Juzgado respecto a su identificación. Por el contrario, en los supuestos en los que no se da esta negativa, pero los ocupantes no aportan documentación por carecer de la misma, se estará a lo dispuesto en el art. 493 LECrim, que establece: “La Autoridad o agente de Policía Judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona del procesado o del delincuente a quienes no detuviere por no estar comprendidos en ninguno de los casos del artículo anterior (...). En cualquier caso, para que la medida pudiera aplicarse, deberían respetarse los mismos presupuestos que para las medidas cautelares. Sin embargo, en relación al *fumus boni iuris*, no es necesaria la imputación. Lo anterior se deriva de lo dispuesto en el apartado 4º del art. 492 LECrim, que establece: “Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.- 2. La segunda fundamentación legal de la medida de detención, a los efectos de identificar a los ocupantes ilegítimos del inmueble, se halla en lo dispuesto en el art. 16.2 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la Seguridad ciudadana, que establece: “Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de

policial se transforma en una obligación. Al respecto véase supra II.2. La posibilidad de detención, por parte de “cualquier persona”, en los casos de flagrancia delictiva y III.1.B.a. La actuación policial.

sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas”.

Considero que ambos fundamentos legales son válidos para justificar la detención a los efectos de identificar a los ocupantes de un inmueble usurpado, cuando éstos se niegan a ello y se ha dictado orden de entrada con la reseñada finalidad. No obstante, entiendo que el plazo máximo de duración de la medida que debería tomarse en consideración es el de 6 horas que específicamente recoge la LO 4/2015 en relación a las detenciones a efectos identificativos.

Por otra parte, debe aquí reiterarse que esta posibilidad de detención a efectos identificativos tiene la exclusiva finalidad de posibilitar la imputación de los autores de la usurpación y posibilitar la continuación del procedimiento. Por esta razón, dada su función no preventiva, se recoge en este epígrafe dedicado a las medidas restrictivas de derechos “no cautelares”.

- ***La medida de entrada en el inmueble usurpado.***

Con anterioridad se ha planteado la posibilidad de adopción judicial de una orden de entrada en el inmueble usurpado, con fines identificativos, en casos en los que se ha constatado una mala fe por parte de los usurpadores encaminada a impedir la identificación, y existe urgencia y necesidad en la aplicación de la misma, para posibilitar la continuación del procedimiento. Se trata de una medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que tiene por finalidad el normal funcionamiento del procedimiento y, en concreto, posibilitar la continuación del mismo. Para la adopción de la misma, entiendo que no debería exigirse la concurrencia del *periculum in mora* propio de las medidas cautelares. No obstante, sí que habría de apreciarse urgencia y necesidad en la continuación del procedimiento, pero desvinculadas del riesgo de incumplimiento de lo dispuesto en una eventual sentencia condenatoria. Por su parte, y, como ya se ha expuesto, entiendo que la imputación propiamente dicha es aquí innecesaria, bastando que existan motivos racionalmente bastantes, para creer que las personas que se hallan en el interior del inmueble lo han ocupado sin el consentimiento de su propietario o se mantienen en el mismo contra su voluntad.

Con respecto a esta medida, rigen los mismos presupuestos que para las medidas cautelares. Sin embargo, en relación al *fumus boni iuris*, no es necesaria la imputación según lo dispuesto en el apartado 4º del art. 492, que establece: “Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren

las dos circunstancias siguientes: 1.^a Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.^a Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Por otra parte, a diferencia de las medidas cautelares, de las que se predica la jurisdiccionalidad, la detención puede ser adoptada por parte de un órgano policial (art. 492 LECrim) e incluso por cualquier particular (art. 490 LECrim), pero únicamente durante el tiempo mínimo imprescindible y con una duración máxima de 72 horas.

II.2.D. Conclusión de la instrucción.

La fase de instrucción concluye cuando se dicta cualquiera de las resoluciones previstas en el art. 779.1 LECrim. Todas ellas se emiten en forma de auto. En lo que al enjuiciamiento de los supuestos de usurpación se refiere, interesa:

1. El auto declarando el sobreseimiento y archivo (art. 779.1.1^a LECrim)⁷⁶⁷. El contenido del concepto de sobreseimiento y sus clases se tratará en mayor profundidad al tratar la fase intermedia.
2. En los casos en los que existe reconocimiento de hechos por parte del imputado, el auto convocando al Ministerio Fiscal y a las partes personadas “a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado” (art. 779.1.5^a). La admisión de los hechos y la solicitud de conversión de las diligencias previas en urgentes, con anterioridad a la apertura del juicio oral, tiene sentido en aras a conseguir un pacto de conformidad más beneficioso. En efecto, en estos casos operaría una rebaja del tercio de la pena acordada.
3. Finalmente el auto que dispone la continuación del proceso siguiendo la regulación del procedimiento abreviado. Según el art. 779.1.4^a LECrim, si el hecho constituyera delito, se seguirá el procedimiento de preparación del juicio oral.

II.2.E. Valoración de la fase de instrucción del procedimiento abreviado, en los casos de usurpación pacífica de inmuebles.

⁷⁶⁷ El art. 779.1.1^o LECrim, dispone: “Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.^a Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”.

Se ha indicado como la fase de instrucción responde a dos finalidades: 1- Determinar si el hecho investigado reviste indiciariamente naturaleza penal y fijar la identidad del autor de los hechos; 2- Garantizar la efectiva ejecución de la sentencia.

1. Con respecto a la primera función apuntada y, en concreto, a la determinación del carácter penal de los hechos en los casos en los que se enjuicia un supuesto de usurpación de inmuebles, deberían emplearse en la fase de instrucción más diligencias en este sentido. Como ya se ha visto en este trabajo⁷⁶⁸, la jurisprudencia ha excluido de la competencia del procedimiento penal, el enjuiciamiento de aquellos supuestos en los que las usurpaciones se realizan en relación a inmuebles en estado de abandono. Por tanto, que sería adecuado que el juez de oficio ordenara las diligencias oportunas para averiguar el estado real del inmueble usurpado y que, por su parte, el denunciante aportara, junto a su título de propiedad, la documentación necesaria relativa a este extremo⁷⁶⁹. Hemos visto como hay diligencias que podrían orientarse a tal fin, pero que no se usan en la práctica y, en cambio, hay un abuso del desalojo cautelar sin que se investigue, con carácter previo, si la ocupación en cuestión es de naturaleza penal⁷⁷⁰.
2. En relación a la averiguación de los datos de los autores de los hechos, lo coherente sería obtener las identidades de todos los habitantes del inmueble usurpado y citar a cada uno de ellos a declarar en calidad de imputado. No obstante, ya se ha visto como esta labor identificativa se dificulta en los casos en los que el inmueble se ha constituido en morada de los usurpadores y éstos se niegan a aportar sus datos cuando son requeridos y se hallan en el interior del inmueble en cuestión. En estos supuestos, debería intensificarse la labor policial en aras a la consecución del fin perseguido. Dado que los autores de la usurpación se hallan en un lugar concreto y determinado y que es necesario que en algún momento salgan del mismo para proveerse de alimentos, aunque pueda llegar a ser complicada, la labor policial no es imposible. En cualquier caso, únicamente será proporcionado imponer esta medida restrictiva de derechos respecto de los usurpadores cuando se verifique una necesidad y una urgencia real en la adopción de la misma. Si se dan estos presupuestos el juez podría autorizar una orden de entrada en el inmueble usurpado, con fines identificativos.

⁷⁶⁸ Véase *supra* I.3.C.a. Postura doctrinal y jurisprudencial.

⁷⁶⁹ Esta documentación podría hacer referencia, por ejemplo, a fotos del inmueble, recibos del agua y de la luz y estar al corriente del pago del impuesto de bienes inmuebles o estar en negociaciones de venta o solicitando un permiso de obra nueva o de derribo.

⁷⁷⁰ Por el contrario, el SJP nº. 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal i Marsal); SJP nº. 3 de Barcelona 198/2002, de 31 de mayo (Santiago Vidal i Marsal).

3. Finalmente, en relación a la función de la fase de Instrucción de garantizar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria, debe criticarse la postura de algunos de nuestros tribunales, que tienden a adoptar la medida cautelar de desalojo sin atender a los presupuestos que deben concurrir para su aplicación y a la finalidad que debe orientarla. En este sentido, la finalidad asegurativa de la fase de Instrucción, en el marco de un procedimiento por usurpación, debería cumplimentarse, cuando concurren los presupuestos y requisitos necesarios, a través de medios menos lesivos que la medida de desalojo aludida. A tales efectos, cabría imponer a los presuntos usurpadores la obligación de prestar una fianza como garantía del pago de las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieren disponerse en una sentencia condenatoria. Sólo en los casos en los que los mecanismos menos gravosos resultaren ineficaces y se hubiera verificado que concurren los presupuestos y requisitos para la aplicación de las medidas cautelares, cabría la adopción de la medida de desalojo cautelar.

II.3. La fase intermedia.

La doctrina emplea la expresión “fase intermedia” para referirse al conjunto de actuaciones procesales que tienen lugar desde la conclusión de la fase de Instrucción, hasta la apertura del juicio oral⁷⁷¹. En términos procesales, abarca desde el llamado “auto de transformación” (art. 779.1.4º LECrim), hasta el auto de apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), presentación del escrito acusación y de defensa y remisión al órgano competente para el enjuiciamiento (art. 784.5 LECrim). La finalidad de esta fase es doble: por un lado, sirve para proveer la correcta clausura de la Instrucción y, por otro, determina si debe desarrollarse el juicio oral y, en caso afirmativo, lo prepara.

En el marco del procedimiento abreviado, esta fase se desarrolla ante el mismo órgano instructor. En el auto en el que éste acuerda la continuación del procedimiento abreviado, ordenará también el traslado de las diligencias previas a las acusaciones personadas y al Ministerio Fiscal, a fin de que soliciten el sobreseimiento, formulen escrito de acusación y la correlativa petición de apertura del juicio oral o insten, con carácter excepcional, las denominadas “diligencias indispensables”⁷⁷².

⁷⁷¹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal*, pp. 195 y ss.; ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal penal*, pp. 212 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 373 y ss.

⁷⁷² Al respecto, el art. 780.2.1 LECrim dispone que el juez deberá aceptar su práctica, cuando la petición provenga del Fiscal y sea justificada por “la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos”. Si la solicitud proviene de la acusación particular, el juez decidirá discrecionalmente su admisión.

En relación a los casos de usurpación pacífica de inmuebles, podría el Fiscal solicitar estas diligencias cuando hay un único imputado en la causa, pero existen indicios de que hay más moradores en el inmueble⁷⁷³. En este supuesto, el Fiscal podría solicitar que se oficiara a la policía, a fin de que procediera a realizar una nueva identificación de la persona o personas que habitan el inmueble usurpado, para comprobar si hay otras personas a las que se puede imputar. De haber nuevos sujetos identificados, debería realizarse otra diligencia indispensable: habría de tomarse declaración a cada uno de ellos, para poder realizar la imputación. En cualquier caso, una vez practicadas las “diligencias indispensables”, la petición de las partes acusadoras puede ser sobreseimiento o apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación.

A continuación, en los siguientes epígrafes nos referiremos, en primer lugar, al sobreseimiento y sus clases y, en segundo, al auto que ordena seguir la tramitación del Procedimiento Abreviado por entender que los hechos constituyen un delito comprendido en el art. 757 LECrim⁷⁷⁴.

II.3.A. El sobreseimiento.

El sobreseimiento es una resolución jurisdiccional firme, que se adopta mediante la forma de auto y que tiene por objeto suspender el proceso provisionalmente o poner fin al mismo de manera definitiva⁷⁷⁵. En el marco de la regulación del procedimiento abreviado hay dos preceptos que hacen referencia al sobreseimiento:

1. El art. 779 LECrim, relativo a las resoluciones que pueden poner fin a la fase de Instrucción, que en su apartado primero establece que cuando el juez “estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda”. A continuación, el precepto dispone que cuando el hecho pueda ser constitutivo de delito, pero no hubiere autor conocido, se acordará el sobreseimiento provisional y se ordenará el archivo. En virtud del art. 758 LECrim, para decidir cuál es “el sobreseimiento que corresponda” y cuál es el contenido y características de cada tipo de sobreseimiento, debe estarse a lo

⁷⁷³ En la práctica, en estos casos, se continúa el procedimiento contra el único imputado, sin articular ninguna medida encaminada a determinar e identificar a los otros eventuales moradores.

⁷⁷⁴ No se hace referencia a los casos de reconocimiento de hechos y conversión del procedimiento en diligencias urgentes, por no ser de aplicación práctica. Lo anterior probablemente se debe a que en caso de autoexculpación normalmente no se sigue el procedimiento, con lo cual la no admisión de los hechos da mejores resultado que la admisión. A lo anterior se añade el factor de que la pena prevista por el delito es de multa y de poca duración. Por ello, no adquiere mucha relevancia su rebaja.

⁷⁷⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 373 y ss.; ASENSIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, pp. 214 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, pp. 198 y ss.

dispuesto en los arts. 634 y ss. LECrim, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario.

2. El art. 782.1 LECrim, en el marco de la denominada “fase intermedia”, que dispone que: “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento provisional de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal (...)”. Según este mismo precepto, el acuerdo de sobreseimiento tendrá como consecuencia que el Juez deje sin efecto las medidas cautelares que hubieren podido adoptarse.

En función del art. 634 LECrim, el sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial. En los siguientes epígrafes se procede a analizar cada una de las clases de sobreseimientos apuntados, en el marco del enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles.

II.3.A.a. El sobreseimiento total y el sobreseimiento parcial.

La distinción entre los sobreseimientos total y parcial es relevante en el enjuiciamiento de los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles, en la medida en que en el marco del mismo es frecuente que haya varios imputados. En estos casos, el sobreseimiento puede ser total o parcial, según se acuerde respecto de todos o sólo en relación a alguno de ellos. En los supuestos de usurpación aquí estudiados, son llamadas a declarar en calidad de imputadas todas las personas que han podido ser identificadas en el inmueble usurpado. No obstante, la causa suele sobreseerse con respecto de aquéllas que se autoexculpan en su declaración y que aportan otro empadronamiento distinto que el del inmueble en cuestión. Suele acontecer que, de mutuo acuerdo, los usurpadores pacten quien asumirá la responsabilidad de los hechos y, para hacer perdurar la usurpación, al menos uno de los autores admitirá habitar la finca objeto de autos y, si está bien asesorado, expondrá que el inmueble se hallaba en estado de abandono en el momento de la usurpación, a fin de evitar que se decida el desalojo cautelar. En este supuesto, se suele decretar el sobreseimiento parcial, con respecto a los imputados que declaren no habitar el inmueble en cuestión⁷⁷⁶. Por otra parte, existen usurpaciones, en las que los moradores deciden abandonar el inmueble cuando conocen de la denuncia. Si ya han sido identificados de antemano, serán llamados a declarar y podrán autoexculparse o reconocer haberlo habitado por desconocer la voluntad contraria del propietario, hasta haberles sido notificada la denuncia. Por regla general, en estos casos, se resolverá el

⁷⁷⁶ Según lo dispuesto en el art. 634 LECrim, “Si fuere el sobreseimiento parcial, se mandará abrir el juicio oral respecto de los procesados a quienes no favorezca”.

sobreseimiento total de la causa⁷⁷⁷ y, si el inmueble ha sido realmente desalojado voluntariamente, el sobreseimiento será además definitivo, como se verá más adelante.

II.3.A.b. El sobreseimiento libre.

El art. 637 LECrim, establece: “Procederá el sobreseimiento libre 1º. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2º. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3º. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. El sobreseimiento libre⁷⁷⁸ tiene carácter definitivo y está dotado de autoridad de cosa juzgada, al igual que si se tratara de una sentencia firme⁷⁷⁹. Este tipo de sobreseimiento se puede acordar: 1. Cuando no existen indicios racionales de haberse realizado el hecho que motivó la formación de la causa. 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3. Cuando los imputados se hallen exentos de responsabilidad criminal. En los casos de usurpación pacífica de inmuebles, se da este tipo de sobreseimiento mayoritariamente por el segundo motivo aludido. Así, por ejemplo, cuando, de las diligencias practicadas en la instrucción, se constata que el inmueble usurpado estaba de estado de abandono, por lo que el juez competente para enjuiciar el hecho es el juez civil. También cuando la persona imputada no tenía voluntad de permanencia, sino que únicamente había pernoctado en el inmueble en cuestión.

II.3.A.c. El sobreseimiento provisional.

El art. 641 LECrim, dispone: “procederá el sobreseimiento provisional: 1º. Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2º. Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”. El sobreseimiento provisional, a diferencia del sobreseimiento libre, no supone la terminación definitiva del proceso y no produce efectos de cosa juzgada⁷⁸⁰. Se trata de una suspensión del proceso, por falta de indicios

⁷⁷⁷ Según el art. 634 LECrim, si fuere el sobreseimiento total, “se mandará que se archiven la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido, después de haberse practicado las diligencias necesarias para la ejecución de lo mandado”.

⁷⁷⁸ El AAP Barcelona 315/2010, de 15 de abril (José M^a Assalit Vives) ratifica el sobreseimiento libre por entender que el propietario no tenía posesión digna de protección en el momento de la ocupación del inmueble; el AAP Barcelona 390/2011, de 30 de mayo (Bibiana Segura Cros) acuerda el sobreseimiento libre en un caso en el que existió consentimiento respecto de la ocupación durante cuatro años y en el momento en que el propietario interpone denuncia el acusado abandona el inmueble e ingresa en prisión por otra causa.

⁷⁷⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 377; ARMENTA DEU, T., *Lecciones De derecho procesal penal*, p. 199.

⁷⁸⁰ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 375.

bastantes que permitan imputar un hecho delictivo a una persona determinada (art. 641 LECrim). Si se consiguen dichas pruebas, el proceso volverá a reabrirse. En relación a los casos de usurpación pacífica de inmuebles, puede darse este tipo de sobreseimiento cuando, pese a todas las diligencias practicadas en la instrucción, ha sido imposible conseguir la identificación de los autores de la usurpación⁷⁸¹.

II.3.B. Calificaciones provisionales. Escritos de acusación y de defensa.

II.3.B.a. Escrito de acusación.

Una vez se ha cerrado la fase Instructora, se han trasladado los autos a las partes y se ha resuelto, en su caso, la petición de sobreseimiento, la acusación debe formular el escrito de acusación. En el mismo debe constar la solicitud de apertura del Juicio Oral ante el órgano competente (art. 781 LECrim), la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación y las conclusiones provisionales de la acusación, que deberán exponerse de forma precisa y numerada (art. 650 LECrim).

En el escrito de conclusiones provisionales la acusación deberá exponer el relato de los hechos, afirmar la tipicidad de los mismos, la autoría del acusado, así como la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Respecto de lo anterior, en el marco de las usurpaciones de inmuebles podría alegarse la agravante de reincidencia (art. 22.8 CP)⁷⁸². Finalmente se determina la pena en la que incurra el acusado, dentro del marco legal y en atención a las circunstancias personales y modificativas de la responsabilidad criminal que se hubieren alegado, y la responsabilidad civil, en atención a lo dispuesto en los arts. 109 y ss. CP. En función de esto último, se podrá solicitar la restitución del inmueble a su legítimo poseedor y la imposición del pago de una indemnización en concepto de los daños y perjuicios ocasionados. Lo anterior deberá proceder a través del desalojo de la finca objeto de autos y del pago de la cantidad monetaria que se fije, respectivamente.

⁷⁸¹ AAP Cuenca 107/2006, de 5 de julio (Ernesto Casado Delgado), declara el sobreseimiento por falta de acreditación de la propiedad de la finca por el denunciante; AAP Sta Cruz de Tenerife, de 29 de noviembre de 2010 (Ana Esmeralda Casado Portilla), acuerda el sobreseimiento por no tratarse de un caso de usurpación en concepto de dueño; AAP Madrid 777/2009, de 13 de noviembre (José Manuel Fernández Prieto), considera improcedente el sobreseimiento por existir indicios suficientes en relación a la perpetración del delito; AAP León, de 1 de junio de 2001 (Antonio Muñoz Díaz), declara haber lugar al sobreseimiento, por entender la falta de concurrencia de voluntad usurpadora, en el caso de junta vecinal que inicia la construcción de un pozo en terrenos del actor, habiendo realizado averiguaciones sobre la titularidad del terreno con antelación, sin que el actor se manifestase hasta el final de las obras. En cuanto a la doctrina, véase MASCARELL NAVARRO, M. J., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español: doctrina, jurisprudencia y formularios, passim*.

⁷⁸² Véase *supra* V. La agravante reincidencia.

A continuación, la acusación propondrá los medios de prueba de los que intente valerse. En el marco de la prueba documental podría tener relevancia el título de propiedad del perjudicado, los eventuales contratos de la luz y del agua, una posible licencia de obra nueva, etc. Respecto de la testifical, las declaraciones del perjudicado, de los vecinos del inmueble y de los agentes que constataron la usurpación y tomaron las identificaciones. También podría solicitarse prueba pericial, en relación al informe sobre el estado del inmueble o a sobre la valoración de los daños producidos para llevar a cabo la usurpación.

II.3.B.b. El escrito de defensa.

Una vez se abre el juicio oral, procede dar traslado de las actuaciones, a las personas que figuran como parte acusada en los escritos de calificación, a través del procurador que las representa. En el plazo de diez días éstas podrán presentar escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas, por medio de su abogado. El contenido del mismo es semejante al de acusación. Al igual que en éste, se efectúa una relación precisa y numerada de las conclusiones provisionales de la defensa, que se articulan de forma correlativa a las de la acusación. Así, en este escrito, debe expresarse la relación de hechos según la versión de la defensa, pudiendo esta parte negar simplemente los expuestos por el Ministerio Fiscal u ofrecer una explicación de los mismos que excluya su tipicidad. Así, cabría alegar que el inmueble se hallaba en estado de abandono, que el acusado disponía de título de posesión en calidad de arrendatario o de precarista o, que cuando fue identificado en el inmueble, se hallaba de visita. A continuación y, en consecuencia con lo anterior, se rechazaría la tipicidad de la conducta, la autoría del acusado, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la aplicación de pena y la de responsabilidad civil. No obstante, también cabría la admisión de los hechos, de su tipicidad y autoría y basar la impunidad de la conducta en la concurrencia de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 CP).

En el marco de los medios de prueba pueden tener interés: 1. El interrogatorio del acusado. 2. Respecto de la prueba documental, el padrón en el que se muestra que éste tiene su domicilio en un lugar distinto del inmueble usurpado, algún título que legitime su posesión o cualquier documento en el que se haga constar que el inmueble se hallaba en estado de abandono en el momento de la ocupación. 3. En relación a la testifical, puede interesar solicitar el testimonio de una persona, que habite un inmueble distinto del usurpado, que asegure que el imputado también vive en el mismo. Así mismo, la declaración de un vecino que atestigüe el estado de abandono del inmueble. 4. También, se podría presentar informe pericial declarando el estado de abandono del inmueble y solicitar la asistencia del perito al juicio oral. 5. Finalmente, la defensa puede hacer suyas las pruebas presentadas por las otras partes.

II.3.B.c. Comentario valorativo.

En primer lugar, debe aclararse aquí, que los ejemplos mencionados no pretenden abarcar en modo alguno todas las posibilidades que caben plantearse. De hecho, el art. 653 LECrim faculta a las partes para formular conclusiones alternativas. Por ejemplo, podría plantearse por la defensa una primera calificación de los hechos, que concluyera en una petición de absolución, por resultar los hechos atípicos y faltar la autoría y, a continuación, presentarse unas conclusiones alternativas en las que se aceptaran los hechos, pero se basara la absolución del acusado en la concurrencia de la exención de estado de necesidad.

En cualquier caso, a la vista de los ejemplos expuestos, lo que se hace patente es que corresponde a la acusación probar únicamente la titularidad del inmueble usurpado. El conocimiento por parte del usurpador, de la oposición del propietario a la ocupación del inmueble, se presume desde el momento en que éste sabe de la interposición de la denuncia⁷⁸³. Por el contrario, la labor probatoria de la defensa es mayor, en la medida en que deberá desvirtuar unos hechos que apuntan hacia la tipicidad y la autoría. En efecto, el punto de partida es la ocupación de un inmueble ajeno contra la voluntad de aquel que está respaldado por un título de propiedad. En el marco de las diligencias previas, tales extremos habrán quedado claros pues, en caso contrario, se habría acordado el sobreseimiento. Así, sobre esta base, si la defensa no articula ningún mecanismo probatorio que explique el porqué de tal ocupación, el juez adquirirá la certeza que la misma es típica, antijurídica y culpable. En este sentido, aunque a simple vista pudiera parecerlo, no nos hallamos ante una verdadera inversión de la carga de la prueba. En cualquier caso, en el marco del juicio oral se tratará el tema de la prueba con mayor detalle.

II.4. El juicio oral.

Tras la formulación de las conclusiones provisionales y la solicitud de apertura del juicio oral, el juez emitirá auto acordando esta última. Lo anterior supondrá el final de la fase intermedia y el inicio del juicio oral. En este epígrafe se van a tratar aquellas cuestiones que se presentan en esta fase procesal y que revisten interés en referencia al enjuiciamiento de las usurpaciones de inmuebles.

⁷⁸³ Ya se ha indicado que la jurisprudencia no es pacífica en cuanto a cómo ha de ser la manifestación de la voluntad en contra de la usurpación. Pero mayoritariamente se entiende que una vez conocida la existencia de la denuncia, si el usurpador no desaloja voluntariamente el inmueble, incurre en el tipo estudiado.

II.4.A. La conformidad.

Como primera cuestión a tratar, parece oportuno referirse aquí el tema de la conformidad, porque el momento anterior a la celebración del juicio oral es quizá aquel en el que se utiliza con más frecuencia esta institución jurídica y también el último momento procesal en el que cabe recurrir a la misma. No obstante, la conformidad en sentido amplio puede plantearse en varios momentos procesales, así, durante la guardia, en la fase de Instrucción, en la fase intermedia y finalmente, como ya se ha indicado, en el momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral.

La conformidad puede prestarse en el momento de la guardia (art. 801 LECrim) pero condicionada al ámbito del enjuiciamiento rápido, que como ya se ha indicado es excepcional en los casos de usurpación pacífica de inmuebles. Este tipo de conformidad permite la aplicación de una reducción en un tercio de la condena. También goza de este beneficio el denominado “reconocimiento de hechos”, que puede ser de aplicación en el marco de la fase de Instrucción del procedimiento abreviado y que supone la conversión de éste en enjuiciamiento rápido, a través de la transformación de las diligencias previas, en diligencias urgentes (art. 779.5ª LECrim)⁷⁸⁴. Normalmente, en los casos de usurpación no suele darse este tipo de conformidad. Ello es así por dos razones: 1-En primer lugar, porque supone una disminución del tiempo de aprovechamiento del bien inmueble usurpado. 2- En segundo lugar, porque la pena por el delito de usurpación no reviste mucha gravedad y es de contenido económico, por lo que la conformidad no ofrece un beneficio importante, como ocurre en los delitos que llevan aparejada una pena de prisión. No obstante, podría ser recomendable la aceptación de este tipo de conformidad, en los casos en los que se ha practicado un desalojo cautelar y en el marco del mismo han sido identificadas personas que ya lo fueron en otra ocasión anterior al desalojo⁷⁸⁵. En este supuesto, el reconocimiento de hechos puede evitar una condena más gravosa, en los casos en que ésta se halla garantizada por el material probatorio del que dispone la acusación y no hay usurpación que mantener, dada la práctica de desalojo del inmueble.

⁷⁸⁴ Este precepto condiciona la conversión del proceso que posibilita este tipo de conformidad, a que haya existido reconocimiento de hechos en presencia judicial por parte del imputado y a que los hechos se encuadren dentro del ámbito de aplicación del enjuiciamiento rápido. Con carácter reciente, los arts. 803 bis a) y ss. de la L 41/2015, han introducido el procedimiento de aceptación por decreto, que permite también la reducción de un tercio de la pena en caso de aceptación (art. 803 bis c) 5º. Sin embargo, este proceso exige que no esté personada la acusación particular.

⁷⁸⁵ No obstante, por regla general, la medida de desalojo cautelar se practica con anterioridad a la imputación, sobre todo en relación a los inmuebles usurpados por el colectivo “okupa”, para impedir la información a los ocupantes del inmueble de la fecha del desalojo y así evitar la movilización y los actos de resistencia por parte del colectivo. En estos casos, normalmente se continúa el proceso únicamente contra los alborotadores, en el marco de la resistencia.

Como ya se ha indicado, la conformidad también puede plantearse ante el mismo juez de instrucción, en la denominada “fase intermedia”, a través de los escritos de calificaciones provisionales (art. 784 LECrim). En este caso, puede practicarse de dos maneras: 1- En el propio escrito de defensa (art. 782.3.I LECrim). 2- En un nuevo escrito, posterior al de defensa, que presentan las partes acusadoras, el acusado y su defensa (art. 782.3.II LECrim). Este tipo de conformidad carece del beneficio de reducción de la pena acordada. Es efectiva en términos de garantía procesal, pero no aporta ninguna ventaja frente a la conformidad que puede realizarse en sede de juicio oral. Por ello, retornamos a lo expuesto en relación al “reconocimiento de hechos”: si el inmueble sigue estando en posesión de los usurpadores, es poco probable que los mismos acepten este tipo de conformidad. No obstante, como estrategia procesal para que la vivienda quede más tiempo en posesión de los usurpadores, cabe que el imputado se conforme pero que alegue que en el inmueble habitan más personas que no lo desalojarán pese a su condena. Lo anterior podría forzar el inicio de un nuevo proceso, en el que se practique la diligencia identificativa otra vez.

Por último, cabe que las partes lleguen a un acuerdo de conformidad en el momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral. Las ventajas que ofrece la conformidad, frente a la celebración del juicio, es que, por regla general, resulta en la aplicación de una pena más baja de la que supondría la condena derivada del mismo. Ello es así, porque, en la mayoría de ocasiones, el Fiscal redacta un nuevo escrito de acusación, en el que solicita una pena menor, dentro del marco penal prescrito por el tipo en cuestión. Así, por ejemplo, en el caso de la usurpación pacífica de inmuebles, las acusaciones podrían haber solicitado la aplicación de una pena de multa de seis meses, a razón de nueve euros diarios y, en sede de conformidad, acordar una pena de tres meses de multa, a razón de seis euros diarios. No obstante, deben hacerse algunas precisiones:

Así, en primer lugar, es importante tener en cuenta que si fueren varios los acusados, es necesario que todos ellos admitan los hechos, para que la conformidad sea posible⁷⁸⁶. Aunque sea uno solo el que no lo haga, el juicio deberá celebrarse respecto de todos ellos (art. 697 LECrim), sin perjuicio de la posible atenuación de la pena respecto de los acusados que reconocen los hechos⁷⁸⁷. Lo anterior puede suceder en los casos de usurpación pacífica de inmuebles, en la medida en que es un delito en el que suelen

⁷⁸⁶ Esta regla parece atender a dos razones: 1. Evitar el absurdo de declarar típicos y atípicos unos mismos hechos. En este sentido, podría imaginarse el caso de un acusado que se conforma con la calificación de la acusación y reconoce haber ocupado un inmueble ajeno, sin el consentimiento de su titular y, por ello, se le impone una pena. Por otra parte, cabría que otro acusado por los mismos hechos rechazase la conformidad y que, tras la celebración del juicio, se declarase su absolución por hallarse el inmueble abandonado en el momento de los hechos. 2. Por otra parte, la conformidad de alguno de los acusados podría atentar contra el derecho a la presunción de inocencia del resto.

⁷⁸⁷ En virtud de la atenuante analógica del art. 21.6 CP, en relación al art. 21.5 CP, que se refiere a la reparación del daño a la víctima o a la disminución de sus efectos.

participar varios sujetos en régimen de coautoría⁷⁸⁸. Es posible que uno de los acusados realmente no habitara el inmueble usurpado y únicamente estuviera de visita. En este supuesto podría querer reiterar esta declaración. Por su parte, el resto de acusados, que efectivamente habitaran el inmueble usurpado, conocieran de la existencia de numerosas pruebas en este sentido y además el inmueble usurpado ya hubiera sido desalojado cautelarmente, por lo que les interesara una conformidad más ventajosa que la condena. No obstante, como ya se ha expuesto, el hecho de que el delito de usurpación lleve aparejado una pena de multa, hace que no sea tan radical la diferencia entre la pena derivada de la conformidad y aquella que resulte de la posible condena.

Por otra parte, debe mencionarse que la conformidad puede predicarse de las responsabilidades penal y civil derivadas de los hechos. No obstante, también cabe su aceptación únicamente con respecto a la penal, debiéndose en este caso continuar el procedimiento en relación a la discusión respecto de la responsabilidad civil (art. 695 LECrim). En los casos de usurpación de inmuebles, podría aceptarse la tipicidad de los hechos y la pena consiguiente, pero rechazarse el pago de una eventual indemnización por los perjuicios derivados de la imposibilidad de uso del inmueble ocupado, por parte del propietario.

Además, es importante señalar que la conformidad debe respetar la naturaleza de los hechos acaecidos y su calificación jurídica. No cabe, por ejemplo, como sucedería en el derecho anglosajón, que en el marco de unos hechos que revisten la naturaleza de allanamiento de morada, se llegara a una conformidad de la que derivara una condena por usurpación.

II.4.B. La celebración del juicio oral.

En los apartados que siguen se van a referir las diferentes secuencias que conforman la vista del juicio oral, teniendo en cuenta los aspectos que pueden tener relevancia respecto al objeto de este estudio⁷⁸⁹.

II.4.B.a. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas.

El juicio oral comienza con un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer los artículos de previo pronunciamiento (art. 666 LECrim) y las cuestiones

⁷⁸⁸ Véase *supra* V. Autoría y participación.

⁷⁸⁹ Dada la pena, es posible la celebración del juicio en ausencia de los acusados (art. 786.1.II LECrim).

previas (art. 786. 2 LECrim)⁷⁹⁰. A continuación se van a analizar aquellas cuestiones previas y artículos de previo pronunciamiento que podrían plantearse con anterioridad a un juicio por usurpación de inmuebles.

1. Vulneración de un derecho fundamental (art. 786.2 LECrim). En el caso de la usurpación pacífica de inmuebles, cabría alegar la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Así, por ejemplo, en el supuesto en el que la policía hubiera entrado en el inmueble usurpado, sin orden judicial habilitadora, con motivo de realizar la identificación de los usurpadores, una vez se hubiera constituido el inmueble en morada de los mismos.
2. La declinatoria de jurisdicción (art. 666.1 LECrim). En este sentido y, en referencia a los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles, cabría plantearse la posibilidad de alegar el estado de abandono de la finca ocupada y la consecuente competencia de la jurisdicción civil, como motivo de una declinatoria de jurisdicción. No obstante, lo anterior debe descartarse por suponer entrar en el fondo del asunto y, en este sentido, requerir de la celebración del juicio oral.
3. La cosa juzgada (art. 666.2 LECrim). Podría alegarse en el caso de que efectivamente hubiera habido ya un proceso por usurpación en relación al mismo inmueble y contra la misma persona, y que se hubiera sobreesido definitivamente en la instrucción o que hubiera obtenido una absolución por sentencia firme, por concluirse que la jurisdicción competente era la civil y no la penal. Podría darse también el caso de que existiera así mismo identidad de partes y de objeto, pero que la sentencia firme con efectos de cosa juzgada fuera condenatoria. En este último supuesto, no podría juzgarse de nuevo por usurpación⁷⁹¹. Respecto a este último caso, sería interesante valorar qué ocurre cuando se reocupa un inmueble objeto de desalojo, por idénticos sujetos, tras el transcurso de un lapso de tiempo. Entiendo que, en este supuesto, un nuevo enjuiciamiento no afectaría la “cosa juzgada”, pese a existir identidad de sujetos y de objeto, dado que los hechos serían distintos.

⁷⁹⁰ Tales términos hacen referencia a un conjunto de cuestiones procesales que, de ser planteadas por la acusación o por la defensa, deben quedar resueltas con carácter previo a la cuestión de fondo objeto del juicio oral (arts. 666 y 786.2 LECrim). No obstante, en el marco del procedimiento abreviado, en virtud de lo dispuesto en el art. 786.2 LECrim, “el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas”. GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, p. 404, entiende que la fundamentación del planteamiento de estas cuestiones con carácter previo a la sustanciación del tema de fondo del proceso, reside en la voluntad legislativa de eliminar problemas procesales que pudieran obstaculizar la concentración del juicio oral.

⁷⁹¹ No obstante, no se vulneraría la *cosa juzgada* si pese a existir identidad de sujetos y de objeto, se tratara de una reocupación y por lo tanto de unos hechos distintos.

4. La prescripción del delito⁷⁹².
5. Existencia de causas de suspensión del juicio (786.2 LECrim). En el marco de las usurpaciones de inmuebles, podría alegarse como motivo de suspensión la falta de comparecencia del acusado cuando el mismo no ha podido ser citado en forma. Así, por ejemplo, en los casos en los que se le ha intentado citar en el inmueble usurpado y los otros moradores han declarado que ya no vive allí y que no saben dónde se le puede localizar.
6. Nulidad de las actuaciones (art. 786.2 LECrim). Por ejemplo, se podría solicitar la nulidad de la diligencia de identificación policial si se ha incurrido, para practicarla, en una violación del domicilio⁷⁹³. En este caso, la nulidad del acto tendría como consecuencia la anulación de todo lo actuado contra la persona o personas identificadas con motivo del mismo⁷⁹⁴. Así, debería sobreseerse provisionalmente la causa, hasta que se realizara una nueva diligencia de identificación. También entiendo que debería declararse nula, una orden de desalojo dictada sin atender a la finalidad y presupuestos que deben regir toda medida cautelar. Tal nulidad no representaría la anulación de ningún acto que influyera en el fondo del proceso, no obstante, podría tener la paradójica consecuencia de restaurar a los presuntos usurpadores en su posesión sobre el inmueble.
7. Planteamiento de objeciones sobre el contenido y finalidad de alguna prueba propuesta (art. 786.2 LECrim). Por ejemplo el testimonio de alguna persona totalmente ajena al desarrollo de los hechos o el examen de un documento que en nada se halla relacionado con los mismos.

II.4.B.b. El procedimiento probatorio.

Una vez se hubieren planteado las cuestiones previas que las partes considerasen oportunas, o bien, evacuado el trámite sin proposición alguna, se da inicio al procedimiento probatorio. Éste consta de tres fases: la de proposición, la de admisión y

⁷⁹² Véase *supra* III.4. Excurso: La prescripción. Especial referencia a la modificación del art. 13. 3 y 4 CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo y a la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.

⁷⁹³ Los arts. 238 LOPJ y 225 3.º LEC disponen: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”.

⁷⁹⁴ Los arts. 243.1 LOPJ y 230 LEC establecen que: “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”. A *sensu contrario*, la nulidad de un acto tendrá como consecuencia la de los sucesivos que dependieren del primero.

la de ejecución de prueba. Es la tercera fase la que se desarrolla en el marco del juicio oral y supone la ejecución de la prueba propuesta y admitida en las anteriores⁷⁹⁵. Dado que ya se referido la prueba que puede tener especial relevancia en el marco del enjuiciamiento de los supuestos de usurpación de inmuebles, no nos detenemos aquí de nuevo en la cuestión⁷⁹⁶. No obstante, debe aclararse que también cabe la posibilidad aportar nuevas pruebas en el mismo acto del juicio oral, pudiendo ser admitidas por el juez, previa audiencia de las partes. Así, si no se han aportado con anterioridad, el propietario podría adjuntar los documentos acreditativos de su titularidad respecto del inmueble, así como todos aquellos conducentes a demostrar que éste no se hallaba en estado de abandono. Por ejemplo: altas de la luz y del agua; gestión de venta o alquiler por una agencia inmobiliaria; fotos del interior y exterior del inmueble con anterioridad a la ocupación, con especial consideración de los mecanismos de exclusión de terceros existentes, etc. Por su parte, la defensa podrá aportar aquellos documentos que respalden sus alegaciones y que no se hayan adjuntado a los autos con anterioridad. Así, si en la declaración el acusado negaba los hechos alegando habitar en otro domicilio, debería aportarse certificado de empadronamiento en el mismo. Si afirmaba el estado de abandono del inmueble, cabría la aportación de fotos de éste, anteriores a la ocupación. Si aseguraba disponer de título de posesión legítimo, debería aportarlo documentalmente. En el caso de carecer de documento acreditativo del título posesorio, podría justificar la existencia de una relación de precario a partir de alguna prueba en relación a la duración de la ocupación tolerada. Por ejemplo, una carta de años atrás, recibida en el inmueble en cuestión. Por último, si el acusado alegaba la concurrencia de una eximente, debería probar la misma. Por ejemplo, en relación al requisito de la subsidiariedad de la eximente de estado de necesidad, podría presentar documentos acreditativos de haber intentado acceder a una vivienda a través de los medios ofrecidos por los poderes públicos. No obstante, en la generalidad de los casos, toda esta documentación suele haber sido aportada con anterioridad, ya sea en la fase de Instrucción o adjunta al escrito de calificaciones provisionales y, en este caso, habrá sido solicitada como prueba documental para ser reproducida en el acto del juicio oral.

Respecto a la prueba testifical se practicará aquella que se haya solicitado en los escritos de acusación y de defensa. No obstante, cabe también que las partes comparezcan con algún otro testigo de los hechos y que, si el juez lo admite, éste pueda prestar declaración. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de una persona que presencié los hechos, pero cuya identidad no había podido ser determinada con anterioridad.

En cuanto a la prueba pericial, ésta puede practicarse en sede de juicio oral, cuando existe un informe controvertido que alguna de las partes ha impugnado. Por ejemplo el relativo al estado del inmueble a tiempo de la ocupación.

⁷⁹⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 420 y ss.

⁷⁹⁶ Véase *supra* II.3.B. Calificaciones provisionales. Escritos de acusación y de defensa.

En cualquier caso, a partir de la prueba practicada, correspondería a la acusación probar de forma bastante, que el acusado ocupó un inmueble ajeno que no constituía morada y, que no se hallaba en estado de abandono, sin el consentimiento de su titular, o bien, que se mantuvo en el mismo contra su voluntad. Si la acusación demuestra estos extremos y la defensa no realiza ningún tipo de actividad probatoria, la sentencia será condenatoria⁷⁹⁷. Por su parte, la defensa debería probar el estado de abandono del inmueble en cuestión, la existencia de un título legítimo de posesión sobre el mismo, o la concurrencia de una exención⁷⁹⁸.

Tras la práctica de la prueba, acusación y defensa serán requeridos para manifestar si modifican o ratifican las conclusiones de los escritos de calificación provisional y para que expongan oralmente aquello que consideren pertinente, en cuanto a la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos⁷⁹⁹. Al respecto, el Ministerio Fiscal podría elevar a definitivas las conclusiones provisionales y solicitar la condena del acusado. A continuación podría relatar los hechos que considerase demostrados, a partir de la prueba practicada. En este sentido podría referir quedar probado que el acusado fue identificado en el interior del inmueble objeto de autos, en virtud de lo declarado en el marco del acto del juicio oral por los agentes de policía actuantes. También que el inmueble le es ajeno al acusado, tal y como podría derivarse de un título de propiedad aportado por el perjudicado como prueba documental. Por último, que la ocupación se realizó sin el consentimiento del propietario del inmueble, tal y como cabría deducir de la declaración testifical de unos vecinos que le vieron facturando la cerradura del mismo.

Por su parte, la defensa podría elevar así mismo las conclusiones provisionales a definitivas y solicitar la absolución del acusado, en base a los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. El alegato de la defensa debería exponer hechos impositivos, extintivos o excluyentes que permitieran descartar los hechos tal y como la acusación los ha formulado. Para ello cabría que expusiera que el inmueble se hallaba

⁷⁹⁷ En virtud del principio de la presunción de inocencia, la acreditación de la concurrencia de los hechos controvertidos recae sobre las partes acusadoras. No obstante, una vez la acusación ha realizado esta tarea probatoria, la defensa tiene la carga de probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes, para evitar una sentencia condenatoria.

⁷⁹⁸ La cuestión de la carga de la prueba determina, desde una perspectiva formal, cuál de las partes en el proceso debe realizar la actividad de la prueba sobre los hechos controvertidos. Por otra parte, desde un punto de vista material, establece cuál de ellas ha de soportar los efectos desfavorables de la sentencia, en el caso de no ser suficientemente probado alguno de los hechos objeto de enjuiciamiento. Al respecto, véase GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, pp. 416 y ss.

⁷⁹⁹ El art. 741.1 LECrim, instaura el principio de libre valoración de prueba. Una vez prueba ha sido practicada teniendo en cuenta las reglas expuestas en el párrafo anterior, el juez deberá valorarla libremente. En virtud del principio de inmediatez, el tribunal de instancia se erige como el soberano en la valoración de la prueba.

en estado de abandono, que el acusado disponía de título posesorio legitimador, o que el mismo se hallaba exento de responsabilidad criminal. Cualquiera de estas afirmaciones debería ser respaldada por alguna de las pruebas practicadas.

II.4.B.c. La sentencia.

Una vez concluido el acto del juicio oral, el juez dictará sentencia. En el marco de los supuestos de usurpación de inmuebles, el fallo de la sentencia será absolutorio cuando, de la relación de hechos probados y de los fundamentos de derecho considerados, se derive que los primeros no eran subsumibles en el art. 245.2 o que, aun siéndolo, el autor de los mismos se hallaba amparado por una eximente de la responsabilidad. Así, por ejemplo, por el estado de abandono del inmueble o por la concurrencia de una situación de estado de necesidad. En sentido contrario, el fallo será condenatorio cuando determine que los hechos probados efectivamente podían subsumirse en el marco del tipo penal del art. 245.2 CP y que el acusado había participado, sin ningún género de dudas, en la ejecución de los mismos, no concurriendo ninguna exención de la responsabilidad criminal.

En el segundo acaso apuntado, es decir, cuando el fallo es condenatorio, deberá determinarse la pena a aplicar, la responsabilidad civil derivada del delito y se impondrá el pago de las costas procesales. Respecto a la pena, el art. 245.2 CP prevé para el delito de usurpación pacífica de inmuebles la imposición de multa de tres a seis meses. La misma consiste en la imposición de una sanción pecuniaria, que se determina en función de dos factores: Un periodo temporal y una cuota a pagar por cada uno de los días que integran el mismo (arts. 50 y 51 CP). El periodo de tiempo se fija según impone el tipo penal de que se trate. En el caso de la usurpación ya se ha indicado que es de tres a seis meses. Por su parte, la cantidad a pagar por día se establece en función de la renta del condenado y puede ser de un mínimo de 2 euros y un máximo de 400 euros (art. 50.4 CP). Si el penado no satisface la multa impuesta, ya sea voluntariamente o por la vía apremio, queda sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria, que es de privación de libertad (art. 53 CP)⁸⁰⁰. Dado que la cantidad a pagar por día se fija en atención a la capacidad económica de cada sujeto y, se permite el pago fraccionado y aplazado, teóricamente la responsabilidad penal subsidiaria no tendría ámbito de aplicación. No obstante, debe tenerse en cuenta que existen casos de extrema pobreza y de grave adicción a las drogas, que imposibilitan incluso el pago adaptado de la multa. Por otra parte, el impago de la misma también puede resultar interesante en el marco de la delincuencia por convicción. En efecto, si bien una pena de multa no tiene mucha repercusión de cara a la opinión pública -más cuando el usurpador se ha ahorrado previamente el pago de un alquiler-, sí que puede parecer una injusticia

⁸⁰⁰ En el caso de que el delito estudiado se configure como leve, la privación de libertad podría cumplirse mediante la localización permanente.

desproporcionada que una persona ingrese en prisión por ocupar un inmueble deshabitado, dadas las circunstancias actuales de crisis.

Como ya se ha indicado, el fallo condenatorio debe contener también el pronunciamiento sobre si corresponde o no el pago de una responsabilidad civil derivada del delito y su montante en el caso de que haya quedado probado en el marco del juicio oral. También puede dejarse su tasación para la fase ejecutiva. En el caso de las usurpaciones es frecuente que se aprecie el delito conexo de daños y que, de éste, derive la reclamación del pago del valor de los mismos. También del propio delito de usurpación podrían reclamarse daños y perjuicios, por el tiempo que no ha podido disfrutarse o alquilarse el inmueble o por su desvalorización de cara a una posible venta. Así mismo, en el caso de las usurpaciones se ordenará la restitución del inmueble a su legítimo propietario.

Ya sea absolutorio o condenatorio, el fallo debe ser en todo caso exhaustivo y congruente. En el marco del enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles, adquiere relevancia la congruencia del fallo. Según la misma, éste debe quedar limitado por la acusación penal (arts. 786.2 y 788.3 LECrim, en relación al art. 793.3 LECrim). No obstante, el art. 788 LECrim introduce una excepción a lo anterior y amplía los límites que marcan el ámbito objetivo de la decisión judicial en la sentencia. En este sentido, el mencionado precepto posibilita que el juez dicte una sentencia que ofrezca una calificación diversa a la inicialmente considerada en el marco del Juicio Oral, o aprecie un grado de ejecución o de participación distintos, siempre que respete dos condiciones: 1- No alterar los hechos que constituyen el objeto del proceso, es decir, no condenar por un tipo que proteja un bien jurídico distinto. 2- Salvaguardar los derechos de audiencia y contradicción (art. 788.3 y 4 LECrim).

En relación al tipo de usurpación pacífica de inmuebles y, concretamente a la primera modalidad de realización típica, lo anterior reviste gran interés. Ello es así, en la medida en que, cuando los autores de los hechos son sorprendidos en el momento de intentar forzar la puerta de entrada en el inmueble, pueden ser detenidos y denunciados por una tentativa de robo con fuerza. Si en el marco de sus conclusiones en el Juicio Oral, el Fiscal mantiene esta acusación y la defensa solicita la absolución, en atención al diferente bien jurídico protegido por el tipo de robo y el de usurpación, el juez no podría asumir un nuevo planteamiento que consistiera en someter a debate la posibilidad de calificar los hechos como una usurpación pacífica de inmuebles, en lugar de como un robo. Entiendo que en este caso únicamente cabría la absolución respecto del delito de robo.

II.5. Los recursos que pueden proponerse contra las sentencias dimanantes de un procedimiento por usurpación pacífica de inmuebles.

En este epígrafe se van apuntar únicamente aquellos recursos que pueden tener relevancia en el marco del enjuiciamiento de los casos de usurpación pacífica de inmuebles. En este sentido y, en primer lugar, cabe la interposición del recurso de reforma contra las interlocutorias del juez de instrucción y del de lo penal (art. 766.1 LECrim). Cabría, por ejemplo, interponer recurso de reforma contra la resolución que dispusiera, en el marco de la instrucción, el desalojo cautelar o la fijación de una caución. También podría interponerse este recurso contra la sustitución de la pena de multa por la de responsabilidad personal en caso de impago, dictada por el juzgado penal de ejecución, cuando la defensa pudiera justificarlo y solicitara un aplazamiento. No obstante, en relación a este supuesto, debe recordarse que el “okupa” se inserta en el marco de la delincuencia ideológica, por lo que, de cara a influir en la opinión pública, puede interesarle el cumplimiento de una pena de privación de libertad, a fin de hacer patente la injusticia del sistema. En todo caso, el recurso de reforma no permite la suspensión de la medida prescrita por la resolución impugnada, por lo que no servirá para paralizar una medida de desalojo cautelar. No obstante, como todo recurso, puede implicar una modificación de lo dispuesto en la resolución impugnada y, si se resuelve antes de la fecha que se haya fijado para la realización de la medida cautelar, puede impedir que ésta llegue a realizarse. Además, a pesar de que el recurso de reforma no se admite en ambos efectos, si la interlocutoria recurrida no se refiere a la adopción de una medida de desalojo, la resolución del recurso implicará una dilación del proceso y un consecuente alargó en el mantenimiento en el inmueble.

Por otra parte y, en segundo lugar, contra las sentencias de los jueces de lo penal que ponen fin al proceso, cabe interponer recurso de apelación⁸⁰¹. El art. 790.2 LECrim refiere el marco general de los motivos por los que cabe interponer el recurso⁸⁰²:

⁸⁰¹ En este contexto, el recurso de apelación da lugar a una segunda instancia, es decir, a un nuevo enjuiciamiento sobre el mismo objeto procesal. No obstante, esta nueva instancia es de carácter revisorio y tiene su base en el material probatorio de la primera. Únicamente cabe aportar pruebas nuevas (art. 790.3 LECrim). Podría proponerse, por ejemplo, el testimonio de una persona que se hallara con anterioridad en paradero desconocido, cuya declaración hubiera sido propuesta y admitida en primera instancia, pero que no hubiera sido posible de realizar a causa de su falta de comparecencia el día del Juicio Oral. El órgano competente para realizar este segundo enjuiciamiento es la Audiencia Provincial y el plazo legal para interponerlo es de diez días a contar desde el momento de la notificación. La interposición del recurso coincide con su formalización, es decir, es el momento procesal oportuno para fundamentar por escrito los motivos de su impugnación.

⁸⁰² ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, p. 266. La autora entiende que la enumeración de motivos no es exhaustiva y excluyente.

1- Por quebrantamiento de normas y garantías procesales. Cabría lo anterior, por ejemplo, en el caso de que una persona sea citada para declarar en calidad de testigo de una usurpación y, por ello, sin asistencia letrada, y luego sea objeto de acusación por el mencionado delito en base a esa declaración, sin haber sido previamente imputada. Si se pide la declaración de nulidad del juicio por lo anterior, debe demostrarse que tal quebrantamiento ha producido indefensión (art. 790.2.II LECrim) y que se ha pedido la subsanación de la infracción en la primera instancia.

2- Por error en la apreciación de las pruebas⁸⁰³. En el caso hipotético de que la parte acusada haya aportado pruebas del estado de abandono del inmueble y éstas no hayan sido valoradas en este sentido por el juez de lo penal.

3- Por infracción de precepto constitucional o legal. Si, por ejemplo, el juez es parte interesada en los hechos, por participar en la titularidad del bien usurpado y aun así no se abstiene del enjuiciamiento de los mismos.

Por último y, con carácter extraordinario, podrían plantearse los recursos de revisión y de anulación⁸⁰⁴.

La revisión de las sentencias (arts. 954 a 961 LECrim)⁸⁰⁵. El denominado recurso de revisión es resuelto por el Tribunal Supremo, se admite únicamente contra las sentencias condenatorias y está legitimado para interponerlo el penado. Los motivos que permiten su interposición son legalmente establecidos con carácter de exclusividad (art. 954.1º, 2º, 3º y 4º). Con respecto a las usurpaciones de inmuebles, podría plantearse el recurso en dos supuestos:

⁸⁰³ Al respecto de este motivo, el apartado séptimo del artículo único de la L 41/2015 añade un párrafo tercero en el apartado 2 del artículo 790: “Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

⁸⁰⁴ En virtud del principio de seguridad jurídica, no cabe impugnar en modo alguno las sentencias que han adquirido firmeza y que por ello han desplegado el efecto de “cosa juzgada”. Esta regla general quiebra, no obstante, cuando se dan ciertas circunstancias de previsión legal. En estos casos tasados, se permite la interposición de dos mecanismos extraordinarios: la revisión y la anulación. La LECrim los denomina impropriadamente “recursos”, pero este término atañe en realidad a la impugnación de las resoluciones no firmes.

⁸⁰⁵ El segundo apartado de la disposición transitoria única de la L 41/2015 establece que: “El artículo 954 se aplicará también a las sentencias que adquieran firmeza tras su entrada en vigor. El supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 954 se aplicará a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor”.

1. Cuando la condena se fundara en pruebas obtenidas mediante delito, cuya comisión se probara mediante sentencia firme⁸⁰⁶. Así, por ejemplo, cuando la sentencia condenatoria por usurpación se hubiera basado en la aportación, por la parte denunciante, de un título de propiedad que se reputara falsificado en sentencia penal firme. O bien que la condena se hubiera fundado en la declaración de un testimonio que hubiera manifestado que el inmueble usurpado se hallaba en perfecto estado de conservación y que la ocupación había sido de corta duración, cuando en realidad, en el momento de la misma, el inmueble se hallaba en total estado de abandono y el propietario únicamente había manifestado su disconformidad tras años de ocupación. En este último caso, también deberá existir condena firme por falso testimonio.
2. Cuando aparecen o se conocen nuevos hechos o elementos probatorios⁸⁰⁷. Así, por ejemplo, cuando el inmueble supuestamente usurpado había sido en realidad objeto de arrendamiento, el arrendatario había cedido verbal y temporalmente su lugar al presunto usurpador y, en el momento del enjuiciamiento, se hallaba en paradero desconocido. En este caso el usurpador habría recibido el consentimiento del legítimo poseedor, pero la ausencia de éste le habría impedido demostrar la legalidad de su conducta. Si posteriormente el arrendatario apareciera, se podría interponer recurso de revisión por existir material probatorio nuevo.

El recurso de anulación (art. 793 LECrim): Permite la impugnación de las sentencias firmes, dictadas en ausencia del acusado (art. 793.2 LECrim), cuando se cumplen los requisitos legalmente establecidos para su interposición (art. 786.1.II LECrim). La finalidad del recurso es salvaguardar el principio de audiencia y ofrecer al condenado la posibilidad de anular el juicio celebrado en su ausencia, cuando no se hubieran cumplido los requisitos requeridos legalmente para su celebración. Podría plantearse el recurso cuando el penado no hubiera sido notificado formalmente de la fecha de celebración del juicio y por ello no hubiera comparecido

II.6. Efectos del proceso. La cosa juzgada.

⁸⁰⁶ El art. 954.3 LECrim establece: “ Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento testimonio declarados después falsos en sentencia firme en causa criminal, la confesión del reo arrancada providencia exacción cualquier hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten también declarados por sentencia firme en causa seguida al efecto (...)”

⁸⁰⁷ El art. 954.4. LECrim dispone: “Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencian la inocencia del condenado”.

Una vez se han agotado, o no se han instado los recursos oportunos, la sentencia es firme y despliega el efecto de cosa juzgada (arts. 245.3 LOPJ y 141.V LECrim). No obstante, lo anterior no impide que haya varios enjuiciamientos por los mismos hechos, si cambian las personas a las que los mismos se atribuyen (art. 954 LECrim). También carece de relevancia la coincidencia o no de la identidad de las partes denunciadas o acusadoras. Esto es interesante en el marco del tema objeto de este estudio. Puede ocurrir, por ejemplo, que en el marco de un proceso por usurpación, se realice el enjuiciamiento contra una sola persona, por ser la única identificada y se resuelva su condena. Posteriormente, no obstante, es posible que se reciba una nueva denuncia por descubrirse que hay más ocupantes en el inmueble y que se incoe un nuevo procedimiento. En este último proceso existirá identidad de hechos y de parte activa, pero cambiará la persona del inculpado, con lo cual no se atentará contra la cosa juzgada, en su dimensión material y en relación a su efecto negativo. Con respecto al efecto positivo de la cosa juzgada material, es mayoritariamente aceptado que no tiene vigencia en el orden penal. En función de lo anterior, en el supuesto de un delito con pluralidad de sujetos, como suele ser el caso de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, la sentencia que dimana de un primer proceso, carece de todo efecto legal en un procedimiento posterior que se siga frente a cualquier otro imputado. Podría ocurrir, por ejemplo, que en un supuesto de ocupación de inmueble, en un primer proceso se condenara a una persona por usurpación y, en un proceso posterior, se absolviera a otro habitante de inmueble por entender que el mismo se hallaba en estado de abandono y no podía ser objeto de protección penal.

Por otra parte, el efecto de cosa juzgada del proceso penal podría proyectarse sobre el procedimiento civil, al menos en un supuesto. Lo anterior ocurre cuando en el fallo de la sentencia penal se aprecia la concurrencia de alguna causa de justificación. Si la conducta enjuiciada está justificada y se asume que ello conlleva la conformidad de la misma con la totalidad del ordenamiento, no cabría la instancia de un procedimiento civil para obtener el cese de tal conducta, salvo que, ya no concurren los requisitos del estado de necesidad, singularmente la inminencia del mal y la subsidiariedad. No obstante, lo anterior debe matizarse en función de lo dispuesto en el art. 118 CP⁸⁰⁸. En cualquier caso, los tribunales no se pronuncian, al aplicar las eximentes, sobre si en el

⁸⁰⁸ Así el art. 118. 1. Establece: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: (...) 3.ª En el caso del número 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales. 4.ª En el caso del número 6.º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

caso concreto excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad y con ello evitan llegar a resultados como el reseñado.

II.7. La ejecución de la sentencia.

La firmeza de la sentencia también conlleva la ejecución de la misma. La competencia para ejecutar las sentencias recaídas, en el marco del Procedimiento Abreviado por usurpación pacífica de inmuebles, corresponde al juzgado de lo penal (art. 794 LECrim). En esta fase, el juzgado debe fijar la totalidad del montante de la multa y ha de indicar el medio de realización del pago, que consiste en el ingreso de la cantidad total establecida en un número de cuenta corriente, existente a tales efectos. La representación procesal del condenado puede solicitar el aplazamiento de la multa o su fraccionamiento. En este caso el juzgado puede exigir justificación y acreditación de la necesidad por parte del penado de que el pago se realice de tal forma. En todo caso, éste se podrá hacer efectivo de forma voluntaria o por vía de apremio y su incumplimiento resultará en la sustitución de la pena de multa por un día de arresto por cada dos cuotas insatisfechas. Cuando la sentencia penal se cumple en todos sus pronunciamientos, penales y civiles, concluye la fase ejecutiva.

II.8. Valoración.

En consecuencia con lo expuesto, considero que el procedimiento abreviado es el más apropiado para enjuiciar los supuestos de usurpación de inmuebles. Principalmente porque permite un mayor desarrollo de la instrucción que los procedimientos del juicio rápido y del previsto para los delitos leves. También, respecto de este último es mucho más garantístico, en la medida en que, al ser preceptiva la asistencia letrada, asegura un asesoramiento y una defensa adecuados. Además, la existencia de una fase intermedia permite una mejor preparación del acto del juicio oral. Por otra parte, al presuponer la calificación del delito como menos grave, autoriza a la adopción de ciertas medidas restrictivas de derechos, esenciales, en muchos casos, para posibilitar la continuación del procedimiento⁸⁰⁹. Lo anterior implica, en la práctica, una mayor celeridad del procedimiento abreviado frente al previsto para el enjuiciamiento de los delitos leves, en los casos en los que existe negativa por parte de los usurpadores del inmueble a ser identificados.

No obstante, considero que se deberían aprovechar más los recursos que ofrece la fase de Instrucción, en aras a investigar cuestiones como la del estado en el que se hallaba el inmueble en el momento de la usurpación. Por otra parte, debería limitarse el empleo de

⁸⁰⁹ Así, la de entrada en el inmueble con fines identificativos.

la medida cautelar de desalojo a los supuestos que legítimamente la admiten y con las consecuencias que de la misma legalmente pueden derivarse.

En cualquier caso, es evidente que el procedimiento abreviado, sea o no el más adecuado, únicamente podrá emplearse para el enjuiciamiento de los casos de usurpación pacífica de inmuebles si interpretamos el delito en cuestión como menos grave. Si lo consideramos leve, solo podrá ser de aplicación el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.

Respecto a la interpretación del delito estudiado como leve y, en vista de las consideraciones procesales expuestas más arriba, resulta criticable que un hecho cuya pena no ha sido rebajada, deba ser enjuiciado por un procedimiento poco garantístico. En este sentido, el derecho penal es la rama del ordenamiento cuyos procedimientos ofrecen mayores garantías para el procesado, en atención a la gravedad que supone la imposición de una pena. En el marco de los procedimientos penales, el de las antiguas faltas, ahora previsto para el enjuiciamiento de los delitos leves, es el menos dotado de garantías, en proporción con la menor gravedad de las penas impuestas a este tipo de delitos. Así las cosas, no parece adecuado ni proporcionado, el empleo del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, en los casos de usurpación pacífica de inmuebles, en la medida en que no ha existido una rebaja en la pena prevista para el delito en cuestión, que pueda justificar una disminución garantística en el enjuiciamiento de estos hechos.

CONCLUSIONES.

Presentación.

PRIMERA: Usurpar un inmueble en el sentido del art. 245.2 CP significa tomar posesión del mismo sin el consentimiento de su propietario o utilizarlo contra su voluntad. Dentro de este marco común, pueden distinguirse dos tipos de ocupación en función de los motivos que la inspiran: Las ocupaciones realizadas por necesidad y las llevadas a cabo por convicciones ideológicas. En el presente periodo de crisis, ambos tipos de ocupación están en boga y ponen de manifiesto uno de los problemas de mayor actualidad en nuestra sociedad: La insuficiencia de viviendas. La usurpación de carácter ideológico-político se inserta en el marco de la delincuencia por convicción y su actuar se corresponde con lo que se conoce como “desobediencia civil”. Pese a la existencia de procedimientos civiles para resolver los problemas generados por las usurpaciones de inmuebles, el Código Penal del 95 tipificó la usurpación pacífica de inmuebles en su art. 245.2. Esta penalización se halla enmarcada dentro del fenómeno de expansión del derecho penal, que caracteriza el periodo legislativo actual a nivel mundial.

El bien jurídico protegido por el tipo del art. 245.2 CP.

SEGUNDA: No existe acuerdo doctrinal ni jurisprudencial sobre cuál es el bien jurídico protegido por el tipo estudiado. Se barajan como bienes jurídicos la propiedad, el patrimonio, la posesión civil, la posesión material y el orden socio-económico. Según la interpretación que se defienda, se estará restringiendo o ampliando el ámbito de aplicación del tipo. Desde la perspectiva que aquí se acoge, el bien jurídico protegido es la posesión civil y lo prohibido por el precepto es la lesión efectiva de la misma, a través de un acto de usurpación que supone la apropiación de este derecho, por medio del desplazamiento del titular y de su suplantación. El acto de usurpación prohibido se proyecta sobre las facultades del propietario de usar y disfrutar del inmueble y de excluir a terceros. Ambos poderes conforman el derecho de posesión, que supone la posibilidad de gozar y disfrutar e incluye el derecho a no ser perturbado en ese goce y disfrute por terceros. La usurpación así definida es la que se ejerce en concepto de dueño. Esta posesión en concepto de dueño se concreta en el uso y disfrute del inmueble conforme a su finalidad y como si de su “dueño” se tratase y se manifiesta en actos externos por parte del autor de la usurpación.

Consecuencias jurídicas derivadas de la postura interpretativa asumida.

TERCERA: En cuanto a la determinación del ámbito de aplicación del tipo, de la interpretación adoptada se deriva la no aplicación del mismo cuando el acto de usurpación no tiene entidad bastante como para representar un ataque real contra el bien

jurídico reseñado. Así las cosas, desde la perspectiva del usurpador sólo serán punibles las ocupaciones de inmuebles en las que el autor posee en concepto de dueño y, en relación al propietario del bien, únicamente serán objeto de protección aquellos inmuebles respecto a los cuales el propietario se halla ejerciendo sus facultades posesorias. De lo anterior se deriva: 1. La exclusión de los usos esporádicos de un inmueble, que por su escasa intensidad y durabilidad no puede considerarse ni siquiera que supongan una verdadera toma de posesión y, por tanto, no lesionan el bien jurídico protegido por el tipo. 2. Los supuestos de continuidad en la ocupación del inmueble objeto de precario o arrendamiento, porque, pese a tratarse de verdaderas tomas de posesión, no se desarrollan en concepto de dueño. 3. Las ocupaciones de inmuebles abandonados, respecto a los cuales el propietario no ejerce sus derechos posesorios, por no afectar a los mismos. La postura que aquí se defiende tiene como consecuencia la restricción del ámbito de aplicación del tipo al máximo. Lo anterior es adecuado desde una perspectiva político-criminal y de conformidad con la Constitución, en relación a los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima que deben orientar el derecho penal.

Características del tipo y objeto material.

CUARTA: El art. 245.2 CP describe dos conductas que configuran un tipo mixto alternativo, de acción y de mera actividad. La primera es de realización instantánea y la segunda, por el contrario, es de naturaleza permanente. Por su parte, el objeto material del precepto estudiado es “el inmueble, vivienda o edificio ajeno, que no constituya morada”. Respecto al término bien inmueble, aquí se acoge la postura doctrinal que defiende un concepto penal autónomo más restringido que el civil y que englobaría únicamente los denominados “inmuebles por naturaleza” (art. 334.1º, 8º, 9º CC). No obstante, respecto de su significado en el marco del delito estudiado, se acoge la interpretación jurisprudencial que sostiene que los términos “vivienda o edificio”, que siguen al de “inmueble”, son aclarativos y definatorios del contenido de este último y suponen una mayor restricción al contenido del mismo. En este sentido, a efectos del delito estudiado, por inmueble debe entenderse aquél que lo es “por naturaleza” y que constituye una vivienda o edificio, consistente en un espacio cerrado susceptible de ser tomado mediante un acto de usurpación. El inmueble en cuestión, entendido en los términos referidos, debe ser además ajeno. Esto es, debe tener un propietario y éste debe ser un sujeto distinto del que lo usurpa. Por último, es también parte del objeto del precepto que el inmueble ajeno no constituya morada. Por morada debe entenderse: El espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar. Este concepto integra las dependencias que constituyen una unidad funcional y las segundas residencias. Según la redacción del precepto objeto de examen, la usurpación de un espacio de estas características no será castigada por el mismo, sino que quedará subsumido en el tipo de allanamiento de

morada. Dada la diferencia entre los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos, no puede dejar de plantearse la cuestión del porqué no se pena de forma agravada la usurpación de un inmueble que constituye morada, frente a la mera entrada o mantenimiento in consentido en el mismo.

Las conductas descritas en el tipo. Ocupar sin autorización debida.

QUINTA: En el marco de la jurisprudencia existe una tendencia generalizada a caracterizar la conducta típica objetiva “ocupar”, a través de elementos de naturaleza subjetiva. Esta práctica da lugar a confusión y traslada al ámbito de lo objetivo los problemas probatorios inherentes al plano de lo subjetivo. Desde la postura que aquí se acoge, “ocupar” significa: tomar posesión de un inmueble ajeno, que no constituye morada, invadiéndolo e instalándose en él, en concepto de dueño. Esto último conlleva un cierto grado de durabilidad y de intensidad. Lo prohibido por el tipo es la toma de posesión en sí misma y no el uso y disfrute que de ésta se deriva. Así, el delito se entenderá consumado en el momento en el que los usurpadores se hallaren en el interior del inmueble, careciendo de la debida autorización de su propietario, y hubieren dispuesto los mecanismos necesarios para impedir la entrada de terceros no deseados. Es en estas circunstancias en las que se produce la efectiva lesión del bien jurídico protegido y se desplaza la posesión del propietario.

Las conductas descritas en el tipo. Mantenerse en la usurpación, contra el consentimiento del titular.

SEXTA: La segunda conducta descrita por el tipo estudiado presupone la existencia de una determinada situación previa: una usurpación pacífica de inmuebles. No obstante, el objeto de mantenimiento no es la primera conducta típica, es decir, la toma de posesión en concepto de dueño, sino el uso y disfrute posterior a la consumación de la misma. Este uso y disfrute es atípico, precisamente hasta que se mantiene con posterioridad a la manifestación de la disconformidad del propietario en relación al mismo. En este sentido, adquiere relevancia la determinación del contenido de la expresión “contra la voluntad del titular”, a la que se refiere el precepto estudiado, en relación a la configuración de la segunda modalidad típica. Desde la postura que aquí se defiende, la oposición del propietario concurre en el momento en que existe un estado interno de desacuerdo con la ocupación. No obstante, el tipo subjetivo impone que la anterior circunstancia sea conocida por los que usan y disfrutan del inmueble, para que pueda apreciarse la concurrencia del dolo requerido por la segunda conducta típica. Por consiguiente, la voluntad contraria a la usurpación deberá ser exteriorizada. Para lo anterior será válido cualquier medio de expresión, siempre que garantice el conocimiento de la misma por parte de los ocupantes del inmueble. Sin embargo, desde la perspectiva de la prueba, algunos medios pueden plantear problemas. En todo caso y según lo expuesto, la consumación de la conducta analizada se produce en el instante en

el que los ocupantes de un inmueble ajeno usan y disfrutan del mismo, habiendo sido requeridos por su propietario para abandonarlo. La permanencia no es requisito del tipo, bastando el más mínimo uso y disfrute en las circunstancias descritas, para que se entienda consumada la conducta. No obstante, el tipo es de naturaleza permanente y, tras el instante consumativo, describe el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor.

La prescripción.

SÉPTIMA: En relación a las dos modalidades típicas, a partir del momento consumativo comenzará a transcurrir el plazo de prescripción del delito (art. 131 CP). Con anterioridad a la reforma del Código Penal introducida por la LO 1/2015, no existía duda sobre la inserción del delito estudiado en el marco de la categoría de los menos graves. Por el contrario, desde la entrada en vigor de la ley reseñada y con la interpretación que ha hecho de la misma la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, no queda claro si nos seguimos hallando ante un delito menos grave o si éste se ha degradado a la categoría de leve, pese a que el legislador no ha modificado la pena prevista para el mismo. Lo anterior tiene importantes consecuencias en cuanto a la prescripción, en la medida en que si se trata de un delito menos grave prescribirá a los cinco años y, por el contrario, si se considera leve, la prescripción será de un año. En cualquier caso, en relación a la primera modalidad típica el *dies a quo* comenzará a partir del momento de la consumación. Por el contrario, respecto a la segunda conducta, dada su naturaleza permanente, se iniciará a partir del momento en que los autores de la usurpación abandonen el inmueble que ocupan en contra de la voluntad de su titular.

Aplicación alternativa de ambas conductas.

OCTAVA: Las dos modalidades típicas son de realización alternativa. La segunda conducta típica generalmente presupone la consumación de la primera, pero también cabe su realización independiente en el caso del sujeto que se mantiene en un inmueble ajeno, ocupado previamente por otras personas, contra la voluntad de su titular. La primera conducta típica es de naturaleza instantánea. Tras su consumación, el uso y disfrute que de la misma se deriva es atípico y únicamente es penado, en virtud de la segunda modalidad delictiva, en cuanto el propietario manifiesta su disconformidad con la ocupación y el que ocupa tiene conocimiento de esta circunstancia. El hecho de que la aplicación de ambas conductas sea alternativa impide que pueda castigarse por ambas. No obstante, podría ser una buena solución, en los casos en que un mismo sujeto realiza las dos, castigar los hechos con mayor pena, dentro del marco legal establecido.

El dolo.

NOVENA: El tipo objeto de estudio únicamente se castiga en su modalidad dolosa. Desde la postura que aquí se acoge, el dolo existe desde el momento en que el agente “conoce” las circunstancias del hecho típico. No obstante, en el marco de este “conocimiento” ya se halla implícito el aspecto volitivo, en la medida en que, realizar una acción con pleno conocimiento, conlleva que la misma “quiere” llevarse a cabo. En el caso de la primera conducta típica el dolo implica tomar posesión de un bien inmueble ajeno de forma consciente. Por su parte, en relación a la segunda modalidad, requiere conocer la voluntad contraria a la usurpación por parte del propietario del inmueble y saber que se está usando y disfrutando el mismo, pese a lo anterior.

El error.

DÉCIMA: El error de tipo se configura como el reverso de la existencia del dolo. Respecto a la primera modalidad típica cabría alegar error en relación a la ausencia de autorización por parte del propietario y a la ajeneidad del inmueble. En cuanto a la segunda conducta, podría apreciarse del error, de nuevo en referencia a la ajeneidad del inmueble y, también, acerca de la voluntad contraria del propietario. La jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de apreciar la concurrencia de error e impone la carga de la prueba del mismo a quién lo alega. Esta inversión de la carga de la prueba no parece adecuada en virtud de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, fuera de los casos en los que los indicios obrantes aboguen por la inexistencia de error.

Autoría y Participación.

UNDÉCIMA: En relación al delito estudiado, es autor el sujeto que toma posesión en concepto de dueño, de un inmueble ajeno que no constituye morada o el que lo usa y disfruta, a sabiendas de la voluntad contraria del propietario respecto de la ocupación. En el marco de las usurpaciones de inmuebles, es frecuente que el hecho típico, así descrito, sea fruto de la decisión conjunta de varias personas, que co-dominan la ejecución del mismo. En este caso nos hallaremos ante una realización en régimen de coautoría. Aunque no es común en relación al delito estudiado, también cabe la intervención del autor mediato, figura equivalente a la del autor. Por otra parte, respecto de la categoría de la participación, podría apreciarse la concurrencia de la figura del inductor, en relación a una persona que alerta a otros sobre la existencia de un inmueble susceptible de ser ocupado, si el sujeto en cuestión no toma parte directa en la ocupación, pero su indicación es determinante para la realización de la misma. Por su parte, serán cooperadores necesarios aquellos que ayudan de forma determinante a la ocupación o al mantenimiento del uso y disfrute del inmueble, pero en los que no concurre el dolo típico, es decir, no pretenden disponer y usar el inmueble en concepto de dueños.

Sujetos pasivos.

DUODÉCIMA: El sujeto pasivo es el titular del interés ofendido por la conducta descrita en el tipo, es decir, el propietario del bien inmueble usurpado. En el marco del delito estudiado, esta figura adquiere máxima relevancia, dado que la tipicidad de las dos modalidades delictivas se condicionan a la falta de su consentimiento respecto de la ocupación del inmueble y a su disconformidad en relación al mantenimiento del uso y disfrute derivado se la misma. El sujeto pasivo del delito puede ser ente público o privado. A pesar de que la jurisprudencia se ha esforzado en remarcar que el régimen jurídico de la propiedad es único, sin importar la condición pública o privada de su titular, lo cierto es que este factor es relevante en relación a la actuación policial en las primeras fases de la usurpación, antes de que el inmueble se constituya en morada de los usurpadores y puede tener también efectos en materia de eximentes.

Las eximentes. Las ocupaciones realizadas por necesidad. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

DECIMOTERCERA: El derecho a una vivienda digna goza del estatus de derecho subjetivo, es decir, establece una situación de poder individual susceptible de tutela jurídica. El mismo se configura como la facultad que tiene todo ciudadano español, que carece de medios suficientes, de acceder a una vivienda digna o de conservarla, y de que los Poderes Públicos hagan efectivos estos extremos. De esto último se deriva que el derecho reseñado no deba condicionarse al hecho de que los organismos públicos prevean los correspondientes mecanismos de acceso a la vivienda. En este sentido, no puede negarse su ejercicio cuando éstos incumplen con sus obligaciones. Así, el contenido del derecho a una vivienda digna recoge una facultad de autotutela del mismo, como *ultima ratio* en los casos de incumplimiento de los deberes impuestos a los Poderes Públicos. No obstante, esta posibilidad deberá valorarse a través de un juicio de proporcionalidad, basado en el principio del interés preponderante. Esto último supondrá la exclusión de la eximente respecto de las usurpaciones de bienes de titularidad privada, porque, en el marco del conflicto entre el derecho a una vivienda digna y el derecho de posesión derivado del dominio, el primero no puede considerarse preponderante frente al segundo. Esta solución es adecuada desde una perspectiva político-criminal, en la medida en que la eximente estudiada tiene la condición de causa de justificación y que su apreciación implica la adecuación de la conducta con la totalidad del ordenamiento. No obstante y, por el contrario, entiendo que cabría la apreciación de la eximente en ciertos supuestos de usurpación de inmuebles de titularidad pública, en los casos de españoles sin recursos suficientes para poder acceder o conservar una vivienda y cuando se constatará que las vías legales previstas a tales efectos estaban condenadas al fracaso en el caso concreto.

Las eximentes. Las ocupaciones realizadas por necesidad. El estado de necesidad.

DECIMOCUARTA: La eximente de estado de necesidad es la mayormente alegada en los casos de usurpación de inmuebles, pero nuestra jurisprudencia restringe al máximo la apreciación de la misma, siendo extremadamente exigente en cuanto a la determinación de cuándo deben entenderse agotados todos los medios posibles de acceso a una vivienda. Si se toma en consideración que el sector de la población que se halla en circunstancias de extrema pobreza es limitado y se valora la existencia de una situación de necesidad bajo un criterio de temporalidad, no parece que la apreciación de la eximente estudiada pueda representar un peligro en los términos del *slippery slope* o pendiente resbaladiza. Teniendo en cuenta los dos factores enunciados (casos de extrema pobreza y durante el periodo temporal en que se presenta la situación de necesidad), aquí se defiende que el criterio de la subsidiariedad debería observarse de manera más laxa y, de *lege ferenda*, el Estado habría de mejorar los cauces de acceso a una vivienda digna. Por otra parte, también en relación a la aplicación de esta eximente, deberían valorarse de distinta forma las usurpaciones de inmuebles de titularidad pública de las de bienes de condición privada. Al respecto es relevante la distinción que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo. Este último se presenta cuando el agente, que actúa en estado de necesidad, lesiona intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro. Entiendo que la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo y, la paralela obligación de los Poderes Públicos de hacerlo efectivo, se traducen en la existencia de un deber institucional de garantía en la materia. De lo anterior puede derivarse, que ciertas situaciones de necesidad serían imputables al Estado. A diferencia de lo que se planteó respecto a la eximente de actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna, el estado de necesidad podría apreciarse incluso cuando el Estado hubiera previsto vías de acceso y conservación de una vivienda para el caso concreto, pero las mismas no fueran idóneas para solucionar la situación de necesidad actual, debido por ejemplo a las dilaciones del procedimiento. Por otra parte, otro caso en el que cabría valorar la aplicación del estado de necesidad defensivo sería en relación a la usurpación de inmuebles objeto de embargo por parte de entidades bancarias, cuando la actuación de la entidad bancaria hubiese generado el estado de ruina del agente y le hubiera conducido a la incapacidad de acceder o de conservar una vivienda. En estos supuestos, el especial deber de tolerancia quedaría fundamentado en un título de responsabilidad por organización y, permitiría justificar, con base en el estado de necesidad defensivo, tanto las prolongaciones de la ocupación de un inmueble por parte de los expropietarios del mismo, cuando éste ha pasado a la titularidad de una entidad bancaria por impago de un préstamo hipotecario, como la ocupación de un inmueble vacío, titularidad del banco que hubiere “causado” la situación de necesidad. En cualquier caso, la apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo supondrá una valoración más laxa de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la eximente estudiada.

Las eximentes. Las ocupaciones realizadas por necesidad. El miedo insuperable.

DECIMOQUINTA: Raramente se ha valorado por nuestra jurisprudencia la posibilidad de apreciar la eximente del art. 20.6 CP respecto de un caso de usurpación de inmuebles. Lo anterior posiblemente se deba a que la eximente que generalmente alega la defensa en estos supuestos es la de actuar en estado de necesidad. No obstante, resulta interesante tomar en consideración la posibilidad de alegar la causa de inexigibilidad de actuar movido por un miedo insuperable, respecto a usurpaciones llevadas a cabo por necesidad y que no cumplen con los requisitos que recoge el art. 20.5 CP.

Las usurpaciones por motivos ideológicos.

DECIMOSEXTA: La doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de excluir o de atenuar la culpabilidad en el caso de sujetos que realizan ciertos actos típicos y antijurídicos movidos por razones de convicción o de conciencia. Este trato de favor se ha fundamentado en tres posibles motivos: 1. La apreciación de la eximente del art. 20.7 CP como causa de justificación, en relación al ejercicio del derecho a la libertad ideológica. 2. La aplicación de la eximente del art. 20.1 CP, referente a la inimputabilidad. 3. La exclusión de la responsabilidad, por falta de la exigibilidad o por ausencia del requisito de la necesidad de pena. Tras valorar la posibilidad de adoptar alguna de estas soluciones en los casos de usurpación por motivos de ideológicos, debe rechazarse la misma. No obstante, aquí se propone de *lege ferenda* retomar la previsión legal de una atenuante que rebajara la pena en los casos de conductas realizadas por motivos valorados, al igual que actualmente ya existe una circunstancia agravante basada en la reprochabilidad de ciertos móviles.

La conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición.

DECIMOSÉPTIMA: Dado que tanto doctrina como jurisprudencia excluyen la posibilidad de apreciar la concurrencia de error cuando el sujeto no descarta la seria probabilidad de que su conducta sea genéricamente contraria a Derecho, resulta difícil argumentar la exculpación con esta fundamentación respecto de quien usurpa por motivos ideológicos. En estos supuestos únicamente cabría plantear el error en relación a los límites de la causa de justificación de actuar en el ejercicio de la libertad ideológica. Por otra parte, en cuanto a las usurpaciones llevadas a cabo por necesidad, el error que puede concurrir con mayor frecuencia es el que afecta a los límites de la causa de justificación de actuar en estado de necesidad. No obstante, también cabría plantearse la existencia de error respecto a dos aspectos más: 1. El desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en casos de personas de socialización exótica y baja culturización. 2. La existencia de una causa de justificación.

Concursos.

DECIMOCTAVA: El delito de usurpación pacífica de inmuebles puede realizarse en concurso con el tipo de daños (art. 263 CP), ya sea en relación medial o real. También puede existir concurso real entre el tipo estudiado y los de defraudaciones de fluido eléctrico, y análogas (art. 255 CP), uso de terminal telefónico sin el consentimiento del titular (art. 256 CP), atentado (art. 550 CP) y desobediencia grave a la autoridad (art. 556 CP).

Delimitación con otras figuras afines.

DECIMONOVENA: El Código Penal recoge otros tipos penales que presentan similitudes con el delito estudiado. Así, el de ocupación violenta de inmuebles (art. 245.1 CP) y el de allanamiento de morada (art. 202 CP). Aquello que lo distingue del primero es que el precepto estudiado se aprecia en los casos en los que concurre fuerza en las cosas como medio para acceder a la ocupación, pero no existe violencia ni intimidación. Por otra parte, a diferencia del segundo, el objeto del tipo estudiado son los inmuebles que no constituyen morada.

La autotutela y la heterotutela de la posesión civil. La constitución del inmueble ajeno en morada del usurpador.

VIGESIMA: Aunque ninguna de las dos conductas típicas requiere para su consumación, de la constitución del inmueble usurpado en morada de los usurpadores, lo cierto es que generalmente esto es lo que ocurre como consecuencia lógica de la toma de posesión del inmueble en concepto de dueño y del uso y disfrute subsiguiente. Lo anterior es relevante, dado que la constitución de la morada supone el despliegue de una serie de consecuencias legales de gran trascendencia, que inciden en las posibilidades de autotutela por parte del legítimo titular del inmueble, en la labor policial y en la tarea instructora por parte del juzgado competente. Desde la postura que aquí se acoge, la morada se entiende consolidada cuando se ha consumado la primera conducta típica y tras ello se usa efectivamente el inmueble en el desarrollo de la vida privada. El contenido de este último concepto implica cierta duración, por lo que deberá determinarse a través de un criterio temporal que aquí se fija en 24 horas, por ser el plazo en el que, por regla general, toda persona ha desarrollado las necesidades esenciales de su vida íntima. No obstante, el transcurso de 24 horas debe operar de forma indiciaria. En este sentido, antes de este plazo no podrá entenderse constituida la morada, pero también puede darse el caso de que el mismo haya transcurrido y ésta tampoco se haya consolidado, porque los usurpadores no hayan desarrollado en el inmueble en cuestión su vida privada.

Mecanismos de autotutela.

VIGESIMOPRIMERA: Ante la usurpación de un inmueble de su titularidad, el propietario del mismo podrá actuar en tutela de sus intereses amparado por la causa de justificación de legítima defensa, pero únicamente en el marco de la ejecución de la primera conducta típica o bien una vez se hubiera consumado la segunda, siempre que el inmueble no se hubiera constituido en morada del usurpador y cuando el medio de defensa empleado sea proporcionado a la menor gravedad o a la levedad del delito estudiado. Por otra parte, el titular del inmueble también está facultado legalmente para detener a los usurpadores, cuando éstos se hallen ejecutando la primera conducta típica, en el momento inmediato tras la consumación de la misma o cuando se esté realizando la segunda, pero de nuevo únicamente en los casos en los que el inmueble no se haya constituido en morada de los usurpadores y siempre que se acoja la interpretación de que el tipo estudiado pertenece a la categoría de los “menos graves”.

Mecanismos de heterotutela. La actuación policial.

VIGESIMOSEGUNDA: La actuación policial varía según si el inmueble usurpado se ha consolidado, o no, en morada de los usurpadores. En el primer caso, en el momento en que la primera conducta se está ejecutando, cuando se acaba de realizar o una vez se ha consumado la segunda modalidad típica, la policía puede identificar a los autores de los hechos, proceder a su detención, entrar en el inmueble si es necesario a tales efectos y llevar a cabo su clausura. Todo ello siempre y cuando de los indicios obrantes se extraiga la ausencia de consentimiento del propietario respecto de la ocupación o la disconformidad del mismo en relación al mantenimiento. No obstante, debe precisarse que la detención deberá excluirse en el caso de acoger la interpretación que configura el delito estudiado como leve. Por otra parte, cuando el inmueble se ha constituido ya en morada de los usurpadores, no será posible la entrada policial a no ser que medie orden judicial o consentimiento de los mismos. En estos casos la labor policial consistirá en realizar las diligencias necesarias para facilitar la instrucción judicial y en poner el atestado a disposición del juzgado.

Mecanismos de heterotutela. La tutela judicial efectiva.

VIGESIMOTERCERA: El derecho penal no es la única rama del ordenamiento que da solución a los conflictos generados por las ocupaciones de inmuebles. El derecho civil y el administrativo también disponen de mecanismos para afrontar estas cuestiones. Así, en el marco de la legislación civil: Los procesos sumarios de tutela de la posesión (art. 250.1.4º LEC), el procedimiento para la recuperación de un inmueble cedido en precario (art. 250.1.2º), la acción reivindicatoria (art. 348 LEC), la acción publiciana y la acción real registral (art. 250.1.7º LEC). Por su parte, el derecho administrativo recientemente ha introducido en el art. 37.7 LO 4/2015, una infracción leve que sanciona las ocupaciones de inmuebles en términos muy semejantes a los empleados por el art. 245.2 CP, pero que establece una regla de subsidiariedad expresa en favor del precepto penal.

Asimismo, ambos órdenes -civil y administrativo- prevén procedimientos que posibilitan la demolición de obras ruinosas y que, a pesar de no ser herramientas en manos del propietario del inmueble, ni tener por objeto la restauración de su posesión, pueden resultar en el desalojo del inmueble ocupado y en la devolución del predio a su legítimo titular. Las previsiones civiles en la materia son anteriores a la tipificación de las conductas estudiadas y no fueron derogadas tras ésta. Por consiguiente, la penalización reseñada se debe probablemente a un cambio de percepción respecto de la gravedad de la afectación de la posesión civil que conllevan las usurpaciones de inmuebles. Por su parte, el paralelo mantenimiento de la legislación civil en la materia indica que, al parecer del legislador, en el marco de las ocupaciones de inmuebles existían las que afectaban gravemente la posesión civil y las que, por su escasa entidad, no merecían ni era necesario que fueran tratadas por el derecho penal a la hora de interpretar y aplicar los tipos. En función de lo anterior y a la vista de los principios de intervención mínima y *ultima ratio* del derecho penal, éste únicamente debería enjuiciar las ocupaciones de inmuebles que lesionan efectiva y gravemente la posesión civil del propietario. En cuanto a la legislación administrativa y, en concreto en relación al art. 37.7 LO 4/2015, la regla de prelación en favor de la aplicación del derecho penal es clara y parece que únicamente cabría la aplicación de la norma administrativa en los casos de usurpaciones que afectan los intereses del arrendatario o de cualquier otro sujeto titular de un derecho sobre el inmueble, distinto del propietario del mismo. No obstante, en atención a la mayor gravedad que caracteriza a los injustos penales frente a los administrativos, parece que la voluntad del legislador fue también la de sancionar ciertos supuestos que, por su menor lesividad, no entrarían dentro del ámbito de aplicación del tipo penal estudiado. Tal podrá ser el caso de las ocupaciones clandestinas, que no constituirían una verdadera usurpación y de las toleradas, que se tratarían de ejercicios de la posesión en nombre ajeno (art. 444 CC).

El derecho procesal respecto de las usurpaciones de inmuebles. La normativa de reparto de los juzgados de instrucción y penales.

VIGESIMOCUARTA: Respecto de la instrucción de los casos de usurpación de inmuebles, no se establecen juzgados concretos que tengan adjudicada esta competencia. Lo relevante, para la determinación del órgano que instruirá los hechos, es el lugar y la fecha de realización de los mismos y no su naturaleza. No obstante, la normativa de reparto existente da margen tanto a la propiedad como a los usurpadores, para condicionar la competencia de un juez en teoría más propenso a sus intereses. En el marco de la fase de instrucción lo anterior puede tener relevancia en relación a la posibilidad de que se adopte, o no, la medida cautelar de desalojo. Por su parte, el sistema de reparto entre los juzgados penales y de ejecución también se efectúa de forma completamente aleatoria sin que, en este caso, las partes puedan influir en modo alguno en la determinación de un juzgado u otro.

El derecho procesal respecto de las usurpaciones de inmuebles. Las partes en el procedimiento penal.

VIGESIMOQUINTA: A pesar de que el delito objeto de estudio se inserta en la categoría de los denominados delitos públicos, en la práctica únicamente progresan las denuncias instadas por el propietario del inmueble usurpado, esto es, por el ofendido por el delito. Éste puede constituirse, o no, en acusación particular, pero en todo caso, sin su contribución, el Ministerio Fiscal no persigue el delito. Lo anterior tiene sentido a la vista de que la tipicidad de las conductas estudiadas se condiciona a la falta de consentimiento del propietario, en la primera y a la voluntad contraria de éste, en la segunda.

La clase de procedimiento apropiado al tipo de usurpación pacífica de inmuebles.

VIGESIMOSEXTA: El proceso que generalmente se ha seguido hasta el momento para enjuiciar los casos de usurpación pacífica de inmuebles es el abreviado (arts. 757 a 794 LECrim). No obstante, en algunos casos, el juzgador ha optado por el del juicio rápido para abordar estas cuestiones (arts. 795 a 803 LECrim). Tras la última reforma del Código Penal (LO 1/2015), si se interpreta que el delito estudiado ha sido degradado a la categoría de leve, el procedimiento competente sería relativo al enjuiciamiento de los delitos leves (arts. 962 a 998 LECrim). Desde la postura que aquí se acoge, el procedimiento abreviado es el más adecuado para tratar el enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles. En primer lugar, por prever una fase de instrucción que permite la práctica de diligencias necesarias para esclarecer los hechos y determinar las personas imputadas. A este respecto debe tenerse en cuenta que, en el marco del enjuiciamiento de los supuestos de usurpación de inmuebles, la instrucción puede resultar realmente compleja, pese a su aparente simplicidad. En segundo lugar, frente a lo que ocurre en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, permite la adopción de ciertas medidas restrictivas de derechos, esenciales para posibilitar la continuación de todo proceso penal. En este sentido, por ejemplo, la entrada en el inmueble con fines identificativos. Por último, es el que ofrece más garantías, sobre todo si se pone en relación con el proceso para enjuiciar delitos leves, en el marco del cual no es necesaria la asistencia letrada. Esto último es relevante, si se tiene en cuenta que la última reforma del Código Penal no ha supuesto una rebaja de la pena prevista para el delito estudiado, con lo cual, la pérdida de garantías procedimentales no vendría acompañada de la consiguiente menor gravedad de la eventual pena a imponer.

Desarrollo del procedimiento abreviado. La fase de instrucción.

VIGESIMOSÉPTIMA: Como particularidades que se plantean en el enjuiciamiento de los casos de usurpación pacífica de inmuebles destacan, en primer lugar, las dificultades instructoras a las que ya se ha hecho referencia. Al respecto, el mayor problema que se

presenta es el de la identificación de los autores de la usurpación cuando el inmueble ocupado ya se ha constituido en su morada. Desde la postura que aquí se acoge, cabría la emisión por parte del juzgado de una orden de entrada en el inmueble usurpado con fines identificativos, en los casos en los que se constatará mala fe por parte de los usurpadores, existiera una urgencia real en la adopción de la medida para posibilitar la continuación del procedimiento y la fase de instrucción se estuviera prolongando considerablemente. Por el contrario, debería descartarse la práctica de algunos juzgados de dictar la medida cautelar de desalojo, sin informar a los moradores del inmueble, cuando estos no han podido ser identificados o de hacerlo a través de la figura de “los ignorados ocupantes”. Por otra parte, en relación a la averiguación de los hechos, en el marco de esta misma fase de instrucción, debe reiterarse la idoneidad del procedimiento abreviado por posibilitar la realización de diligencias que permiten determinar a quién corresponde el dominio del inmueble, si existe título alguno que legitime la posesión por parte del ocupante del mismo (por ejemplo de precario, cuando la ocupación ha sido tolerada durante varios años) y cuál es el estado en el que éste se hallaba en el momento de la usurpación. No obstante, lo cierto es que en la práctica no se emplean diligencias encaminadas a determinar el estado del inmueble en cuestión, pese a que la jurisprudencia ha coincidido en excluir del ámbito de aplicación del tipo los inmuebles en estado de abandono. Otra especialidad del procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles es la utilización abusiva que se hace del desalojo cautelar. Desde la postura que aquí se acoge, esta medida es de naturaleza civil y tiene por única finalidad legítima la de asegurar la eficacia de lo dispuesto en una eventual sentencia condenatoria, combatiendo el peligro en la demora que acarrea el desarrollo del proceso. Así, podría ser oportuna su adopción, cuando se verificase la existencia de riesgo de deterioro del bien inmueble o de que se causaren daños irreparables en el mismo. También, en los casos en que hubiera peligro de disposición, por parte de los usurpadores, de objetos muebles habidos en el interior del inmueble. Por último, respecto de inmuebles que se hallaren en proyecto de venta, de alquiler o de ser habitados por su legítimo propietario, cabría fijar una caución para garantizar el pago de la posible responsabilidad civil derivada del lucro cesante o del dinero gastado en un posible arrendamiento. En estos últimos supuestos y, en caso de impago de la misma, podría decretarse subsidiariamente el desalojo, condicionándose su adopción, al previo pago de una caución por parte del solicitante (art. 728.3 LEC), en contra de lo que es práctica general de nuestros juzgados.

Desarrollo del procedimiento abreviado. La fase intermedia y el juicio oral.

VIGESIMOCTAVA: En el marco de la fase intermedia, el juez puede dictar un auto en el que se resuelva la continuación del procedimiento o bien su sobreseimiento. Este último puede ser total o parcial y libre o provisional. La primera distinción adquiere relevancia en el marco del enjuiciamiento de los casos de usurpación de inmuebles, dado que es frecuente que haya varios imputados. Sólo si el sobreseimiento se acuerda

respecto de todos ellos será total. Por su parte, en el marco del enjuiciamiento de las conductas estudiadas, la causa que con mayor frecuencia motiva el sobreseimiento libre es la de la atipicidad de los hechos. Así, en los casos en los que de las diligencias practicadas en la instrucción se constata que el inmueble se hallaba en estado de abandono en el momento de la usurpación, que la ocupación había sido tolerada, o que por su escasa intensidad y duración no había supuesto una verdadera toma de posesión. Por el contrario, la razón que da lugar al sobreseimiento provisional en los casos de usurpación de inmuebles sería la imposibilidad de identificación de los autores de los hechos, pese a todas las diligencias a tales efectos practicadas en la instrucción. No obstante, lo anterior no responde a la práctica habitual de los juzgados, que tienden a decretar la medida cautelar de desalojo y la posterior identificación de los moradores del inmueble. El procedimiento abreviado permitiría la práctica de una medida restrictiva de derechos menos lesiva y que también garantizaría la identificación de los usurpadores y la consiguiente continuación del procedimiento: la orden de entrada con fines identificativos. En cualquier caso, cuando se ha resuelto la petición de sobreseimiento, si la ha habido, la acusación debe formular el escrito de acusación donde habrá de hacerse constar también la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano competente. Una vez acordada la apertura del juicio oral, se da traslado de las actuaciones a la parte acusada, para que presente escrito de defensa. Del examen de los escritos de calificación provisional puede concluirse que corresponde a la acusación probar únicamente la titularidad del inmueble usurpado, dado que el conocimiento por parte del usurpador de la disconformidad del propietario respecto del mantenimiento en la misma, por regla general se presume desde el momento en que se notifica la denuncia. En cambio, la labor probatoria de la defensa es mayor, en la medida en que deberá desvirtuar unos hechos que apuntan hacia la tipicidad y la autoría. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el punto de partida es la ocupación de un inmueble ajeno, contra la voluntad de quien está respaldado por un título de propiedad. Por consiguiente, en ausencia de actividad probatoria por parte de la defensa, el juez adquirirá la certeza de la concurrencia de un hecho típico, antijurídico y culpable. No se trata, pues, de una verdadera inversión de la carga de la prueba. En todo caso, si el juez admite la prueba propuesta, ésta deberá practicarse en el marco del juicio oral.

Desarrollo del procedimiento abreviado. La sentencia.

VIGESIMONOVENA: Tras la celebración del juicio oral, el juez dictará sentencia. Ésta podrá ser absolutoria o condenatoria. En el segundo de los casos, el fallo deberá determinar la pena a asignar, la responsabilidad civil derivada de delito e impondrá al condenado el pago de las costas procesales. La pena prevista para el delito estudiado es la multa de tres a seis meses. La cantidad a pagar por día se establecerá en función de la renta del condenado. El incumplimiento de pago de la sanción penal lleva aparejada una pena de arresto sustitutorio. No obstante, dado que la cantidad a pagar diariamente se fija en función de la capacidad del condenado y se permite el fraccionamiento y el

aplazamiento de la deuda, teóricamente la responsabilidad subsidiaria no tendrá ámbito de aplicación. Sin embargo, deben tomarse en consideración los casos de extrema pobreza y de grave adicción a las drogas que pueden impedir incluso el pago aplazado de la multa. Por otra parte, el impago de la misma y el cumplimiento del arresto sustitutorio puede resultar interesante desde la perspectiva de la desobediencia civil. En cualquier caso, el fallo deberá ser exhaustivo y congruente. En el marco de las usurpaciones de inmuebles, esto último puede adquirir relevancia en los casos en los que los autores de los hechos son sorprendidos en el momento de forzar la cerradura del inmueble, el Fiscal formula acusación por delito de robo con fuerza y mantiene esta calificación. Si la defensa solicita la absolución de los acusados, en virtud del principio de congruencia de la sentencia y, dado el diferente bien jurídico protegido por los delitos de robo y de usurpación, el juez no podría asumir un nuevo planteamiento que consistiera en someter a debate la posibilidad de calificar los hechos como una usurpación pacífica de inmuebles, en lugar de como un robo. Una vez la sentencia adquiere firmeza, despliega los efectos de la cosa juzgada. En el marco de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, lo anterior tiene como consecuencia que el fallo al que se llegue en la sentencia dimanante de un procedimiento por usurpación, contra una determinada persona, no afecta a un eventual y nuevo procedimiento en el que exista identidad de sujetos pasivos y de objeto típico, pero en el que no coincida el imputado-acusado, por haber sido identificado en una fase posterior.

Valoración final.

TRIGÉSIMA: El procedimiento abreviado resulta el más adecuado para el enjuiciamiento de los casos de usurpación pacífica de inmuebles, por permitir un mayor desarrollo de la fase de instrucción, por asegurar una mejor preparación del juicio oral a través de la fase intermedia, por ofrecer mayores garantías y por autorizar la adopción de ciertas medidas restrictivas de derechos que posibilitan la continuación del procedimiento, dotándolo de mayor agilidad. No obstante, en la práctica, deberían aprovecharse en mayor medida los recursos que ofrece la fase de instrucción, en aras a investigar aspectos relevantes en el marco del juicio de tipicidad, como lo es la valoración del estado del inmueble. Por otra parte, debería limitarse el empleo de la medida cautelar de desalojo a los casos en que su adopción se halla legitimada y con los efectos que le son propios. Por último, el eventual utilización del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, para tratar de los casos de usurpación de inmuebles, debe ser objeto de crítica. En este sentido, ha de volver a tomarse en consideración el hecho de que este procedimiento adolece de menores garantías y de que respecto al delito estudiado no se ha previsto una consiguiente rebaja de la pena que pudiera justificar esta reducción garantística en su enjuiciamiento.

BIBLIOGRAFIA.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Del robo y uso de vehículos”, en **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.)**, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pp. 2645-2657.

ALCACER GUIRAO, R., *Tentativa y formas de autoría. (Sobre el comienzo de la realización típica)*, Edisofer, Madrid, 2001.

ALCALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Madrid, 1999, 7ª ed.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S., “El proceso abreviado”, en **DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J. A.**, *Derecho procesal penal*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, 8ª ed, pp. 393-427.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, 5ª ed.

ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 3ª ed.

ASENS LLODRÁ, J., “La criminalización del movimiento okupa: del aparato policial a los mass media” en **ADELL, R./MARTÍNEZ, M. (coords.)**, *¿Dónde están las llaves? El movimiento okupa: prácticas y contextos sociales*, La Catarata, Madrid, 2004, pp. 293-339.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 7ª ed.

BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.

BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación pacífica de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BAUCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson S.L., Madrid, 2004.

BENEYTEZ MERINO L., “De la usurpación”, en **CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.)**, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pp. 2658-2661.

BLANCO CORDERO, I., “De las detenciones ilegales y secuestros” en **GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.)**, *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 635-654.

BLANCO PEÑALVER, A., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en **GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.)**, *Práctica jurisprudencial del Código Penal*, tomo II, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 1637-1650.

BUSTO LAGO, M., “Acción de deshaucio por precario como acción posesoria”, en **EL MISMO (dir.)**, *Acciones de protección de la posesión*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 41, 93-194 y 328-367.

BUSTO LAGO, M./PEÑA LÓPEZ, F., “Procesos dirigidos a la recuperación de la posesión en los casos de despojo y de mera perturbación”, en **BUSTO LAGO, M. (dir.)**, *Acciones de protección de la posesión*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 72-111.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona, 1991, 2ª ed., pp. 187-193.

CALLE, A., *Okupaciones. Un movimiento contra las desigualdades materiales y expresivas*, (obra inédita).

CARBONELL, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Usurpación”, en **AAVV**, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 3ª ed, p. 762.

CEREZO MIR, J., “La eximente de anomalía o alteración psíquica: ámbito de aplicación”, en **AAVV**, *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos (Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, pp. 425-460.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 2001.

CERRATO GURI, E., *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

COBO OLVERA, T., *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales*, S.A. El Consultor de los ayuntamientos y juzgados, Madrid, 2006.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., en **EL MISMO/SAAVEDRA RUIZ, J.**, *Delitos contra el patrimonio*, La Ley, Madrid, 2007.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, B DE F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, 2ª ed.

CÓRDOBA RODA, J., “De las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas”, en **CÓRDOBA RODA, J. (dir.)/GARCÍA ARÁN, M. (dir.)**, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 335-417.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Medidas cautelares en nuestro sistema procesal civil”, en **CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V.**, *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 7ª ed., pp. 443 y ss.

CUELLO CONTRERAS, J., *La conspiración para cometer el delito. Interpretación del art. 4.1 CP: Los actos preparatorios de la participación*, Bosch, Barcelona, 1978.

CUERDA ARNAU, Mª. L./VIVES ANTÓN, T., “La legítima defensa”, “El estado de necesidad justificante” y “El principio de culpabilidad”, en **COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 5ª ed., pp. 501-504, 515-519 y 535-544.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Dykinson, Madrid, 2004.

DEL POZO SIERRA, B., *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, Dykinson, Madrid, 2013.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Artículo 242”, en **GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.)**, *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 943-949.

DÍAZ OURETA, F./LOURES SEOANE, M. L., *Desigualdad social y vivienda*, ECU, Alicante, 2005.

DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., “La posesión”, en **LOS MISMOS**, *Sistema de derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, 7ª ed., pp. 83-123.

DÍEZ-PICAZO, L., “Posesión mediata e inmediata” y “Posesión en nombre propio y

en nombre ajeno”, en EL MISMO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol III, Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad, pp. 647-649 y 649-653.

DOMÉNECH GARRET, M^a. C., *Vademécum de derecho civil y procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FEIJO SÁNCHEZ, B. J., *Normativización del derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2007.

FELIP SABORIT, D., *Error iuris: el conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

FELIP SABORIT, D., “Observaciones a la expansión diez años después”, en **ROBLES PLANAS, R. (coord.)/SÁNCHEZ ORTÍZ GUTIERREZ, P. (coord.)**, *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2011, pp. 65-88.

GALVEZ VILLEGAS, T. A., *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, aplicativos y críticos*, Jurista editores, Lima, 2008.

GALLEGO SOLER, J. I., *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2003.

GARCÍA URETA, A., *El domicilio y su régimen jurídico*, Lete Argitaletxea, Bilbao, 2007.

GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense, 1979.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3^a ed.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, B De F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, 2^a ed.

GIMENO SENDRA, V., “Los juicios posesorios”, “Procedimiento para la protección registral de los derechos reales, en **EL MISMO (coord.)**, *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2012, 8^a ed., pp. 79-116 y 155-171.

GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P., “Las medidas cautelares (I)” y “Las medidas cautelares (II)”, en **GIMENO SENDRA, V. (coord.)**, *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2012, 8ª ed., pp. 35-55 y 55-66.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2013, 3ª ed.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ GONZÁLEZ, O., *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ CUSSAC, L./ORTS BERENGUER, E., “Usurpación”, en **LOS MISMOS**, *Compendio de derecho penal: Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 564-567.

GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones Protectoras del Dominio y de la Posesión*, Bosch, Barcelona, 2002.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “Delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico I”, en **COBO del ROSAL, M. (coord.)**, *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 647-653 y 482.

GOYENA HUERTA, J., “El delito de robo con violencia o intimidación en las personas”, en **MUÑOZ CUESTA, J.**, *El hurto, el robo y el hurto y robo de vehículos*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 128.

GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

GUIDASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual (Regulación legal, balance crítico y propuesta de lege ferenda)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GUTIERREZ FRANCÉS, Mª. L., *Fraude informático y estafa*, Mº de Justicia, Madrid, 1991.

HARE, R. D., *Sin conciencia (el inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean)*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en el derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

HUERTA TOCILDO, S., *La Protección del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L., *Teoría y práctica de los juicios verbales de desahucio. El juicio monitorio de desahucio por falta de pago (actualizado a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas)*, La Ley, Madrid, 2013, 2ªed.

JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 1995.

JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley, Madrid, 2006.

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de derecho penal*, tomo V, Lozada, Buenos Aires, 1949-1963.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J./FONSECA MORALES, G. M., *Transtornos de la personalidad (psicopatías). Tratamiento científico y jurisprudencial*, Cesej, Madrid, 2006.

JORGE BARREIRO, A., “El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995”, en **DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.)**, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1351-1388.

LATORRE LATORRE, V., *Desde la tolerancia*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2001.

LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2015, 22ª ed.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Observaciones sobre la culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995”, en **AAVV**, *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 161-170.

LLOBET ANGLÍ, M., “Robo con violencia o intimidación en las personas”, en **AAVV**, *Memento práctico penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1157-1168.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., “De la usurpación”, “Del robo y hurto de uso de vehículos” “De los robos”, “De los hurtos”, en **SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.)**, *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998, pp. 1215-1222, 1222-1229, 1169-1186 y 1186-1206.

MAGALDI PATERNOSTRO, M^a. J., “De la responsabilidad civil derivada del delito”, en **CÓRDOBA RODA, J. (dir.)/GARCÍA ARÁN, M. (dir.)**, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 869-894.

MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 35-57.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Delitos de acción. La antijuridicidad I” y “Delitos de acción. La antijuridicidad II”, en **ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)**, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 2^a ed., pp. 84-119 y 314.

MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “‘Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, en **OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (coord.)/GURDIEL SIERRA, M. (coord.)/CORTÉS BECHIARELLI, E. (coord.)**, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 701-740.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., “De la usurpación”, en **GOMEZ TOMILLO, M. (dir.)**, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, pp. 957-961.

MARTÍNEZ LÓPEZ, M. J., “La autogestión de viviendas y centros sociales okupados”, en **DÍAZ DE OURETA, F. (coord.)/LOURÉS SEOANE, M^a. L.**, *Desigualdad social y vivienda*, ECU, Alicante, 2005, pp. 109-132.

MARTÍN JIMÉNEZ, C. M./ MARTÍN JIMÉNEZ, J. J., *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles, Comentarios y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MASCARELL NAVARRO, M. J., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal español: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Revista general de derecho, Valencia, 1993.

MATÍA PORTILLA, F. J., “El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 815.

MEINI, I., *Procedimiento y requisitos de la detención, en la Constitución Comentada T. I de Walter Gutierrez*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el crecimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2004.

MESTRE DELGADO, E., “La usurpación”, en LAMARCA PÉREZ, C (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Colex, 2012, 5ª ed., p. 343-349.

MIR PUIG, S., “Problemas del estado de necesidad en el artículo 8, 7ª Código Penal”, en EL MISMO (coord.)/CÓRDOBA RODA, J. (coord.)/QUINTERO OLIVARES (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Pérez Victoria*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 158, 219 y 265.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2015, 10ª ed.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Concepto doctrinal de delito”, “Sistema de causas de justificación” y “La culpabilidad, estructura y fundamento”, en AAVV, *Memento práctico penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 186-196, 205-211, 278-295 y 346.

MONTERO AROCA, J., “El juicio Verbal”, en EL MISMO/GÓMEZ COLOMER, J. L./BARONA VILAR, S./CALDERÓN CUADRADO, Mª. P., *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 22ª ed., pp. 410-425.

MORALES PRATS, F., “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público” en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (col.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Madrid, 2011, 9ª ed., pp. 509-516.

MUERZA ESPARZA, J., “El proceso penal abreviado”, en **DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./ HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA J. A.**, *Derecho procesal penal*, Ramón Areces, Madrid, 2010, 2ª reimpresión, pp. 657 y ss.

MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos electorales”, en **COBO DEL ROSAL, M. (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.)**, *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo II, Edersa, 1983, pp. 455-462.

MUÑOZ CONDE, F., *El error en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 9ª ed.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 20ª ed.

MUÑOZ SÁNCHEZ J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.

NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, S.A. Atelier libros, 1999.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Universidad de Santiago de Compostela. Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 1985.

OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La ley, 2007.

PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PASTOR MUÑOZ, N. en **SILVA SÁNCHEZ J. Mª. (dir.)/PASTOR MUÑOZ, N. (coord.)**, “Los delitos contra el patrimonio II”, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 270 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo

I, Cer, Madrid, 2001, 4ª ed.

PEÑA LÓPEZ, F., “El fundamento y la finalidad de los artículos 389 y siguientes del Código Civil. La limitación del derecho de propiedad sobre las construcciones y objetos análogos que amenazan caerse en el derecho público y el privado”, en **BUSTO LAGO, M. (dir.)/ÁLVAREZ LATA, N./PEÑA LÓPEZ, F.**, *Acciones de protección de la posesión*, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 472-531.

PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Madrid, 1998.

PEREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994, pp.

PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 2008.

PÉREZ MANZANO, M., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Hurto”, “Robos” y “Figuras afines: Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación”, en **BAJO FERNANDEZ, M. (dir.)**, *Compendio de derecho penal. Parte Especial*, vol II, Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998, pp. 340-367, 372-417 y 420-436.

PUJADAS TORTOSA, V., *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, Universidad de Girona, 2014.

PRATS CANUT, J. M., “La agravante de reincidencia”, en **QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F.**, *Comentario al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, 6ª ed., p. 258

PRUJIT, H., “Ocupar en Europa”, en **ADELL, R./MARTÍNEZ, M. (coords.)**, *Dónde están las llaves. El movimiento ocupa. Prácticas y contextos sociales*, La Catarata, Madrid, 2004, pp. 36-37.

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial (Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 276-287.

QUINTANAR DÍAZ, M./COBO DEL ROSAL, M., “Contenido y estructura del juicio de antijuridicidad”, “La ausencia de la antijuridicidad: La justificación. Cuestiones generales” y “Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, en **COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.**, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 5ª ed, pp. 293-301, 457-466 y 471-

486.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de derecho penal*, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 281.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Editorial de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1978, p. 956.

QUINTERO OLIVARES, G., “La antijuridicidad”, “La culpabilidad”, “El error en el derecho penal: Error de tipo y error de prohibición” y “El autor, los cómplices, la víctima”, en **EL MISMO/ MORALES PRATS, F. (col.)** *Parte general del derecho penal*, vol II, Aranzadi, Madrid, 2010, 4ª ed., pp. 271-300, 401-442, 459-466 y 635-704.

QUINTERO OLIVARES, G., “De la usurpación”, “De los robos”, en **QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (col.)**, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Madrid, 2011, 9ª ed., pp. 655-662 y 629-646.

RAGUÉS i VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RAGUÉS i VALLÉS, R., “Robo con fuerza y allanamiento de establecimientos abiertos al público: Problemas concursales”, en **SILVA SÁNCHEZ (dir.)**, *Los delitos de robo: Comentarios a la Jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 31-46.

RAGUÉS i VALLÉS, R., “¿Coacciones si violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal”, en **AAVV**, *Funcionalismo del derecho penal, Libro homenaje al profesor Günter Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 481-497.

RAGUÉS i VALLÉS, R., *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, R., “Delitos contra el patrimonio III” en **SILVA, J. Mª (dir.)**, **RAGUÉS, R. (coord.)**, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, 4ª ed., p. 235.

ROBLES PLANAS, R., “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos”, en **LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.)**, *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 462.

ROCA AGAPITO, L., “Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas”, en **ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.)/MANJÓN BABEZA ALMEDA, A. (coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (coord.)**, *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 195-222.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a/SERRANO GÓMEZ, A., “Delitos contra la propiedad”, en **LOS MISMOS**, *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 365-591.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Autoría y participación”, en **EL MISMO (dir.)/JORGE BARREIRO, A. (coord.)**, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 7 y 171 y ss.

ROMERO, G., *Delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

ROXIN, C., *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1998, Reimpresión.

ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammurabi, Barcelona, 2000, 2^a ed.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2006, 4^a reimpresión.

SAN MARTÍN CASTRO, C.E., *Derecho Procesal Penal*, vol II, Grijley, Lima, 2003, 2^a ed.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

SANZ DÍEZ DE ULZURRÚN LLUCH, M., “Reincidencia”, en **AAVV**, *Memento práctico penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 480.

SCHÜNEMANN, B., “Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva”, en **AAVV**, *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, 1997, pp. 89-100.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Eximentes: Introducción y aspectos procesales”, “Eximentes: Causas de inimputabilidad”, “Eximentes: Legítima defensa”, “Eximentes: estado de necesidad”, “El miedo insuperable”, “Obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”, “De la responsabilidad civil derivada

de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en **SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.)**, *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998, pp. 262-268, 268-288, 288-297, 297-318, 318-332, 333-340 y 805-864.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión” en **AAVV** *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 156-159.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *El nuevo Código Penal español: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BDEF, Montevideo-Buenos Aires, 2001, 3^a ed.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, “Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia”, en **JORGE BARREIRO, A. (dir.)**, *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, pp. 1007 a 1028.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Griley, Lima, 2004.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal, Parte general I: El hecho punible*, Civitas, Madrid, 2005.

SUAREZ GONZÁLEZ, C., “De la usurpación”, en **RODRÍGUEZ MURULLO, G. (dir.)/JORGE BARREIRO, A. (coord.)**, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 703-712

SUAREZ MONTES, R. F., *La figura típica en el allanamiento de morada*, Reus, Madrid, 1988.

TAMARIT SUMALLA, J., *La libertad ideológica en el derecho penal*, PPU, Barcelona, 1998, 2^a ed.

THOREAU, H. D., *On the duty of civil disobedience* (título original: *Civil disobedience. Resistance to civil government*, 1849), Manor, Rockville, 2008.

VALLET, I/SALELLES, B., *El delincuente por convicción*, estudio inédito realizado para una exposición en los seminarios del curso de doctorado de la Universitat Pompeu Fabra.

VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “De la usurpación”, en **VIVES**

ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1204- 1206.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “La culpabilidad”, en EL MISMO (dir.)/MORENO TORRES HERRERO, M^a. R., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-143.

Artículos de revistas.

ALCACER GUIRAO, R., “Desistimiento malogrado y reglas de imputación”, *Actualidad Penal*, nº. 43, 2001, p. 1041.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “El desistimiento idóneo fracasado”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. III, 1996, pp. 875-908.

BALMACEA HOYOS, G., “El perjuicio en el delito de estafa”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº. 14, 2010, pp. 105-116.

BALMACEA HOYOS, G. /FERDILAND PELLER, M., “Análisis dogmático del concepto de ‘perjuicio patrimonial’ en el delito de estafa”, *Revista de Estudios de Justicia*, nº 7, 2006, pp. 185-214.

BAZA DE LA FUENTE, L., “El delito de usurpación no violenta en los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 57, 1995, pp. 895-913.

COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, *Indret*, nº 1, 2011, pp. 1-40.

CREMADES GARCÍA, P., “Los nuevos interdictos posesorios a propósito de la Ley 1/2000 de 7 de enero”, *Noticias Jurídicas*, diciembre 2003, pp. 23-29.

CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿Obligación de la defensa o de la acusación?”, *Indret* nº. 2, 2014, pp. 1-19.

DE LA CUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “Posible inconstitucionalidad de la Ley de impuestos especiales (Inconstitucionalidad y principio de interpretación de la ley conforme a la CE)”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 28, 1981, pp. 41-62.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPIN, “Qué hacer ante los okupas?”, *Revista SepinNet Práctica Penal*, nº 36, 2007, pp. 43-54.

DIEZ-PICAZO JIMENEZ, L. M., “El principio de legalidad penal en la Constitución Española”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 3, 2001, pp. 1933-1959.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1, 1979, pp. 93-140.

FERNANDEZ APARICIO, J. M., “Comentario al artículo 245, párrafo 2º, del Código Penal”, *La Ley*, nº 4345, 1997, pp. 1316-1319.

FERRANDO NICOLAU, E., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 9, 1992, pp. 305-322.

GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos de insumisión en la legislación española”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. III, 1992, pp. 881-932.

GARCÍA URETA, A., “Inviolabilidad del domicilio y morada en precario en vivienda ajena junto con el propietario del inmueble”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 743, 2007, pp. 8-12.

GIMENO SENDRA, V., “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos ‘BOTÍN’ y ‘ATUTXA’”, *Diario La Ley*, nº 6970, 2008, p. 1463-1468.

GOMEZ TOMILLO, M., “Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2002, pp. 73-142.

HERRANZ CASTILLO, R., “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 435, 2000, pp. 1-5.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L., “La ocupación del inmueble no destinado a morada. El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 7305, 2009, pp. 1-4.

JERICÓ OJER, L., “La desobediencia civil: concepto y tratamiento jurídico penal”, *Revista jurídica de Navarra*, nº. 39, 2005, p. 139-176.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Actuación de conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del

delincuente por convicción”, *Indret*, nº 1, 2013, pp. 1-22.

LLOBET ANGLÍ, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, nº 3, *Indret*, 2010, pp. 1-44.

MAGRO SERVET, V., “La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres”, *Diario La Ley*, nº 6922, 2008, pp. 1891-1900.

MAGRO SERVET, V., “Ocupación ilegal de inmuebles: ¿Delito del art. 245.2 CP o precario?”, *La Ley Penal*, nº 85, 2011, p. 6.

MARSHAL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la CE”, *Estudios constitucionales*, nº1, 2010, pp. 43-78.

MAÑALICH RAFFO, J. P., “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, *Revista de estudios de la justicia*, vol V, 2004, pp. 11-35.

MARTÍ MARTÍ, J., “Proceso de deshaucio frente a los colectivos ‘ocupas’”, *Diario La Ley*, nº 7442, 2010, pp. 5-8.

MARTÍ MARTÍ, J., “Los colectivos ‘ocupas’ y la respuesta del derecho penal”, *Diario La Ley*, nº 7556, 2011, pp. 1-4.

MARTÍ MARTÍ, J., “La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por los colectivos ‘ocupas’”, *Diario La Ley*, nº 7999, 2013, pp. 1-4.

MARTÍN MORALES, R., “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 01-02, 1998, pp. 375-388.

MIRO, I., “Les ocupacions. De la desobediencia al contrapoder”, *Transversal Revista de cultura contemporánea*, nº 19, 2002, pp. 43-53.

MONER MUÑOZ, E., “Las detenciones ilegales”, *Revista General de Derecho*, nº 622-623, 1996, pp. 1937-1948.

NAVAS SÁNCHEZ, M^a. del M., “¿Inviolabilidad o intimidación domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Derecho Político*, nº 8, 2011, pp.155-198.

OBÓN DÍAZ, A., “Regulación actual del proceso de deshaucio: Especial referencia al deshaucio por falta de pago como juicio rápido y sumario”, *LEX Jurídica*, nº 43, 2004, pp. 20-22.

PASTOR MUÑOZ, N., “La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP)”, *Indret*, nº 1, 2008, pp. 1-25.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Algunas consideraciones en torno al delito de detenciones ilegales”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad Balear*, nº 13, 1986, pp. 85-104.

RADBRUCH, G., “El delincuente por convicción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7, 2005, pp. 1-5.

RAGUÉS I VALLÉS, R., “La delimitación de las detenciones y las coacciones: ¿Una tarea condenada al fracaso?”, *Actualidad Penal*, nº 1, 2003, pp. 309-331.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Algunas reflexiones sobre los delitos societarios y las conductas de administración desleal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 2, 1996, pp. 425-471.

SALOM ESCRIVA, J. S. “Los delitos de usurpación de inmuebles y derechos reales”, *Revista General de Derecho*, nº 496-497, 1986, pp. 43-80.

SÁNCHEZ GARRIDO, F. J., “Fisonomía de la psicopatía, concepto, origen, causas y tratamiento legal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 2009, pp. 79-125.

SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3, 1982, pp. 663- 691.

SIMORRA OLLÉ, D/ SIMORRA OLLÉ, M., “El precario: La complejidad de una institución aparentemente simple”, Trabajo presentado al concurso de artículos jurídicos “Lo Canyeret” con el patrocinio de “La Caixa d’Advocats”, diciembre de 2007, 2^a ed.

TOLEDO, A. C., “El ‘delito’ de usurpación de inmuebles”, *El Derecho Penal: Doctrina y Jurisprudencia*, nº 5, 2014, pp. 5-25.

LUZÓN PEÑA, D. M., “Actuación de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *Indret*, nº 1, pp. 1-22.

WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de Derecho*, nº 1, 2014, pp. 213-244.

Artículos de periódicos.

AGUDO, A., “La pobreza grave ya afecta a 3000000 de personas en España”, *El País*, 10/10/13.

ALBERT, M. J., “Caseros desde la cárcel”, *El País*, 19/02/2010.

ANGULO, S., “El problema de la vivienda en Cataluña. Los otros ocupas”, *La Vanguardia*, 25/11/2009.

ANGULO, S., “Tolerancia cero”, *La Vanguardia*, 23/01/11.

ASENS, J., “La democracia en estado de sitio”, *El País*, 07/05/2002.

CONGOSTRINA, A. L., “Retirada la acusación de desorden público en el caso Can Vies”, *El País*, 28/01/2015

CONGOSTRINA, A. L., “Can Vies precintado y ‘desprecintado’”, *El País*, 20/02/2015.

COSTA, M., “Batalla campal entre policías y 'okupas' en Terrasa”, *El País*, 08/10/1996.

EFE., “Medio centenar de 'okupas' cortan la Ronda del Litoral durante media hora”, *El Mundo*, 25/02/2010.

EFE., “Uno de cada cinco españoles vive por debajo del umbral de la pobreza” *El Mundo*, Madrid, 27/05/2014.

FIGUEREDO, E., “La policía prevé desalojos violentos en las casas ocupadas por la PUA”, *El Mundo*, 06/02/1998.

GARCÍA, J./ RÍOS, P., “Los 'Mossos' desalojan sin incidentes el recinto de Can Ricart tras doce días de ocupación”, *El País*, 14/12/2006.

GARCÍA, J., “‘Can Vies’ critica la desproporción de las penas por altercados”, *El País*, 04/02/2015

GARCÍA, J., “Evita la cárcel al admitir que estuvo en los disturbios de Can Vies”, *El País*, 11/02/2015.

MONTÓN, C., “Holanda prepara una Ley que prevé encarcelar a los ocupas”, *La Vanguardia*, 29/08/2008.

NAVARRO, M., “Violencia 'okupa' en Gracia durante un desalojo”, *El Periódico*, 06/06/1997.

PAGÉS, J., “Ocupación de Banesto”, *La Vanguardia*, 01/10/10.

SABATÉ, C., “El desacord tripartit impedirà pactar reformes sobre la 'okupació’”, *Avui*, 22/02/2007.

Otros materiales.

COMISSIÓ DE DEFENSA DELS DRETS DE LA PERSONA DE L'IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA (Grup de treball sobre

‘l’okupació’), “Informe por la despenalización de la ‘okupación’. Análisis socio-jurídico sobre la necesidad de derogar el artículo 245 del Código Penal”, *Revista jurídica de Catalunya*, Febrer, 1998.

DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe anual de 1997, sección relativa a la vivienda, *Publicaciones Defensor del pueblo*, 1997. También en *Diario de Sesiones de las Cortes Generales “De relaciones con el Defensor del Pueblo”*, Comisiones Mixtas, año 1999, IV legislatura nº 133.

GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA UNIDA, “Toma en consideración de proposiciones de ley. De modificación de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en relación a su art. 245.2”, en *BOCG Congreso de los Diputados (Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados pleno y Diputación permanente)*, nº de expediente 122/000135, año 1998, VI legislatura nº 182, pp. 9762-9763.

GRUPO PARLAMENTARIO MIXTO, “Toma en consideración de proposiciones de ley: 1. Para la despenalización de la ocupación de inmuebles ajenos que no constituyan morada (orgánica)”, en *BOCG Congreso de los Diputados (Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados pleno y Diputación permanente)*, nº de expediente 122/000138, año 1998, VI legislatura nº 182, 9762-9763.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA, “Jueces para la Democracia. XI Congreso JpD en Santander. Jueces y Política”, *Boletín informativo del Congreso celebrado en Santander*, nº17, 1997.

REAL ACADEMIA, *Diccionario de la Lengua Española*, 2004, 23ª ed.

Resoluciones judiciales y jurisprudencia.

Edicto del juzgado de 1ª instancia nº 1 de Rubí, sobre autos de juicio verbal, expediente 603/2010.

Edicto del juzgado de 1ª instancia nº 12 de Barcelona, sobre autos de juicio verbal, expediente 1517/2011.

Edicto de AP Barcelona, sobre autos de juicio verbal, rollo 386/2011.

Edicto de AP Barcelona, sobre autos de juicio verbal, rollo 386/2011.

Edicto del juzgado de 1ª instancia nº 6 de Badalona, sobre autos de juicio verbal, expediente 271/2012.

Edicto del juzgado de 1ª instancia nº 12 de Barcelona, sobre autos de juicio verbal, expediente 427/2012.

SJP nº 3 de Barcelona, de 6 de marzo de 2000 (Santiago Vidal Marsal)

SJP nº 3 de Barcelona 434/2001, de 6 de noviembre (Santiago Vidal Marsal).

SJP nº 3 de Barcelona 198/2002, de 31 de mayo (Santiago Vidal Marsal).
SJP nº 11 de Madrid 42/2014, de 25 de enero (Ricardo Rodríguez Fernandez).

SAP Barcelona 1241/1995, de 23 de junio (María José Feliu Moreli).
SAP Murcia 76/1996, de 1 de octubre (Antonio Salas Carceller).
SAP Madrid 101/1998, de 6 de marzo (Julio Mendoza Muñoz).
SAP Barcelona 94/1998, de 17 de marzo (Montserrat Arroyo Romagosa).
SAP Madrid 217/1998, de 5 de mayo (Adoración María Riera Ocáriz).
SAP Lleida 271/1998, de 26 de mayo (Mónica Céspedes Cano).
SAP Cádiz 187/1998, de 21 de septiembre (Fernando Tesón Martín).
SAP Zaragoza 451/1998, de 28 de octubre (Santiago Pérez Legasa).
SAP Segovia 97/1998, de 29 de octubre (Andrés Palomo del Arco).
SAP Lleida 544/1998, de 5 de noviembre (Pedro Gómez Sánchez).
SAP Navarra 4/1999, de 15 de enero (José Julián Huarte Lázaro).
SAP Girona 49/1999, de 5 de febrero (Fernando Lacaba Sánchez).
SAP Zaragoza 76/1999, de 18 de febrero (Francisco Javier Cantero Ariztegui).
SAP 158/1999, de 15 de marzo (Lourdes Sanz Calvo).
SAP Madrid 556/1999, de 1 de diciembre (M^a Luisa Silva Castaño).
SAP Burgos, de 17 de enero de 2000 (José Luís López del Morral Echevarría).
SAP Madrid 176/2000, de 28 de abril (Adrián Varillas Gómez).
SAP Guipúzcoa 2151/2000, de 26 de junio (Luis Blanquez Pérez).
SAP Islas Baleares 150/2000, de 10 de julio (Eduardo Calderón Susía).
SAP Zaragoza 254/2000, de 12 de julio (Antonio Eloy López Millán).
SAP Navarra 156/2000, de 1 de septiembre (María Esther Erice Martínez).
SAP Málaga 312/2000, de 9 de octubre (José Rodino Izquierdo).
SAP Tarragona 175/2000, de 20 de octubre (Rafael Albira Guiu).
SAP Cádiz 108/2000, de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).
SAP Barcelona 217/2001, de 16 de enero (Montserrat Arroyo Romagosa).
SAP Zamora 6/2001, de 18 de enero (María Esther González González).
SAP Castellón 21/2001, de 23 de enero (José Luís Antón Blanco).
AAP León, de 1 de junio de 2001 (Antonio Muñiz Díaz).
SAP Madrid 598/2001, de 20 de julio (José M^a Celemín Porrero).
SAP Castellón 204/ 2001, de 21 de julio (Luís Antón Blanco).
SAP Sevilla 458/2001, de 6 de septiembre (Miguel Carmona Ruano).
SAP Valencia 102/2001, de 19 de octubre (José María Ortega Lorente).
SAP Alicante 637/2001, de 14 de diciembre (José Teófilo Jiménez Morago).
SAP Tarragona 3/2002, de 14 de enero (Eduardo López Causape).
SAP Soria 1/2002, de 10 de enero (Rafael Fernández Martínez).
SAP Tarragona 3/2002, de 14 de enero (Eduardo López Causape).
AAP, de 8 de abril de 2002 (Albert Pons Vives).
SAP Cáceres 9/2002, de 25 de abril (Salvador Castaneda Bocanegra).
SAP Murcia 39/2002, de 9 de mayo (María Pilar Alonso).

SAP Pontevedra 27/2002, de 16 de mayo (Francisco Javier Valdés Garrido).
SAP Tarragona 283/2002, de 8 de julio (Francesc Avellanet Guillot);
SAP Madrid 603/2002, de 4 de septiembre (Carmen Daniela Díaz).
SAP Alicante 513/2002, de 3 de octubre (Fernando Cambroneró Cánovas).
SAP Valencia 237/2002, de 14 de octubre (José María Tomás Tío).
SAP Girona 463/2002, de 30 de septiembre (Carmen Capdevila Salvat).
SAP Valencia 237/2002, de 14 de octubre (José María Tomás Tío).
SAP Madrid 458/2002, de 17 de octubre (Adoración María Riera Ocáriz).
SAP Barcelona 617/2002, de 4 de noviembre (José Ignacio Gallego Soler).
SAP Barcelona 567/2002, de 21 de noviembre (Juan Carlos Hortal Ibarra).
SAP Badajoz 74/2002, de 3 de diciembre (Matías Madrigal Martínez Pereda).
SAP Alicante 569/2002, de 21 de diciembre (Virtudes López Lorenzo).
SAP Barcelona 62/2003, de 16 de enero (José María Assalit Vives).
SAP Soria 3/2003, de 20 de enero (José Ruiz Remo).
SAP Madrid 23/2003, de 10 de marzo.
SAP Madrid 363/2003, de 10 de septiembre (Inmaculada Melero Claudio).
SAP Las Palmas 492/2003, de 17 de septiembre (Victor Manuel Martón Calvo).
SAP Madrid 765/2003, de 11 de noviembre (Ramiro Ventura Faci).
SAP Madrid 1/2004, de 7 de enero (M^a Pilar Abad Arroyo).
SAP Madrid 145/2004, de 20 de febrero (Jesús Fernández Entralgo).
SAP Valencia, de 4 de marzo de 2004 (Carmen Llombart Pérez).
SAP Tarragona 463/2004, de 4 de mayo (Javier Hernández García).
SAP Burgos 91/2004, de 17 de mayo (Francisco Manuel Marín Ibáñez).
SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez).
SAP Islas Baleares 270/2004, de 14 de junio (Catalina M^a Moragues Vidal).
SAP Madrid 629/2004, de 24 de junio (M^a Cruz Alvaro López).
AAP Barcelona 899/2004, de 10 de septiembre (Jordi palomar I Bou).
SAP Sevilla 396/2004, de 17 de septiembre (Carlos L. Lledo González).
SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez).
SAP Ávila 195/2004, de 15 de noviembre (Jesús García García).
AAP Barcelona 624/2004, de 22 de diciembre (Pedro Martín García).
SAP León 178/2005, de 15 de febrero (Agustín Pedro Lobejón Martínez).
SAP Madrid 131/2005, de 22 de febrero (Miguel Hidalgo Abía).
SAP Vizcaya 195/2005, de 7 de marzo (Ignacio Olaso Azpíroz).
SAP Albacete 17/2005, de 11 de marzo (M^a Ángeles Montalvo Sempere).
SAP Toledo 48/2005, de 4 de abril (Juan Manuel de la Cruz Mora).
SAP Sevilla 185/2005, de 15 de abril (José Manuel de Paúl Velasco).
SAP Castellón 432/2005, de 19 de abril (Luis Antón Blanco).
SAP Cáceres 49/2005, de 22 de abril (María Félix Aragón).
SAP Orense 26/2005, de 29 de abril (José Arcos Álvarez).
SAP Navarra 78/2005, de 6 de mayo (Fermín Zubiri Orteiza).
AAP Barcelona 1032/2005, de 19 de julio (José Luíís Félis García).

SAP Barcelona 983/2005, de 26 de septiembre (Jesús Navarro Morales).
SAP Alicante 542/2005, de 8 de noviembre (M^a Dolores Ojeda Domínguez).
SAP Las Palmas 17/2006, de 17 de enero (Ángel Guzmán Montedescoa Acosta).
SAP Navarra 21/2006, de 15 de febrero (Francisco José Goyena Salgado).
SAP Alicante 310/2006, de 3 de marzo (José Teófilo Jiménez Morago).
SAP Madrid 249/2006, de 19 de abril (Carmen Lamela Díaz).
AAP Madrid 419/2006, de 20 de abril (Fernando Forten García).
SAP Granada 248/2006, de 28 de abril (M^a Aurora González Niño).
SAP Madrid 419/2006, de 11 de mayo (Fernando Fabrián Fortén).
SAP Vizcaya 55/2006, de 26 de mayo (M^a José Martínez Sainz).
AAP Guadalajara 104/2006, de 30 de junio (Concepción Espejel Jonquera).
AAP Cuenca 107/2006, de 5 de julio (Ernesto Casado Delgado).
SAP Álava 131/2006, de 21 de septiembre (José Jaime Tapia Paneño).
SAP Tarragona 823/2006, de 10 de noviembre (Javier Hernández García).
SAP Madrid 465/2006, de 24 de noviembre (Julián Abad Crespo).
SAP Madrid 270/2007, de 12 de marzo (Fernando Fortén Cebrián).
SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (María Moñoz Acero).
SAP Vizcaya 377/2007, de 21 junio (Ruth Alonso Cardona).
STC 209/2007, de 24 de septiembre (M^a Emilia Casas Baamonde).
SAP Vizcaya 32/2007, de 7 de mayo (Ruth Alonso Cardona).
SAP Madrid 800/2008, de 17 de septiembre (Luisa Aparicio Carril).
SAP Sevilla 97/2008, de 29 de octubre (Andrés Palomo Arco).
SAP Valencia 49/2009, de 27 de enero (Mariano Tomás Benítez).
SAP Palencia 34/2009, de 5 de febrero (Mauricio Bugidos San José).
SAP Zaragoza 193/2009, de 3 de marzo (Miguel Angel López de Hierro).
SAP Madrid 127/2009, de 6 de marzo (María Elena Perales Guillo).
SAP Zaragoza 345/2009, de 12 de marzo (Alfonso Ballestín Miguel).
SAP Sevilla 163/2009, de 1 de abril (Francisco Javier González Fernandez).
SAP Zaragoza 345/2009, de 29 de abril (José Ruiz Ramo).
SAP Las Palmas 407/2009, de 10 de junio (Carlos Biela Escobar).
SAP Madrid 132/2009, 15 de junio (Pilar Rasillo López).
SAP Barcelona 524/2009, de 29 de junio (Miguel Ángel Jimeno Jubero).
SAP Palencia 211/2009, de 30 de junio (Mauricio Bugidos San José).
SAP Las Palmas 118/2009, de 30 de junio (M^a Oliva Morillo Ballesteros).
AAP Sta Cruz de Tenerife, de 29 de noviembre de 2010 (Ana Esmeralda Casado Portilla).
SAP Granada 9/2010, de 15 de enero (Aurora González Niño).
SAP Madrid 19/2010, de 27 de enero (Pedro Javier Rodríguez González-Palacio).
SAP Guipúzcoa 32/2010, de 15 de febrero (Juana María Unanue Arratíbel).
SAP La Rioja 97/2010, de 31 de marzo (José Luís Díaz Roldán).
AAP Barcelona 315/2010, de 15 de abril (José María Assalit Vives).
SAP Baleares 251/2010, de 25 de junio (Antonia Paniza Fullana).

AAP Islas Baleares 469/2010, de 29 de septiembre (Mónica de la Serna de Pedro).
AAP Lleida 503/2010, de 15 de noviembre (Mercé Juan Agustín).
AAP Sta Cruz de Tenerife, de 29 de noviembre de 2010 (Ana Esmeralda Casado Portilla).
SAP Vizcaya 22/2011, de 10 de enero (Ángel Gil Hernández).
SAP Málaga 18/2011, de 13 de enero (Julio Manuel Ruiz Rico).
AAP Pontevedra 35/2011, de 21 de enero (Luis Carlos Rey Sanfiz).
STS 143/2011, de 2 de marzo (José Antonio Martín Pallín).
SAP Barcelona 447/2011, de 29 de marzo (M^a Jesús Manzano Messenguer).
SAP Castellón 145/2011, de 29 de marzo (José Luis Antón Blanco).
AAP Madrid 282/2011, de 5 de mayo (Ignacio José Fernández Soto).
AAP Barcelona 390/2011, de 30 de mayo (Bibiana Segura Cros).
AAP Madrid 620/2011, de 26 de septiembre (Carlos Francisco Fraile Coloma).
AAP Madrid 623/2011, de 30 de septiembre (Pilar Prada Bengoa).
SAP Barcelona 850/2011, de 14 de octubre (M^a Jesús Manzano Mesenguer).
AAP Guipúzcoa 195/2011, de 21 de octubre (M^a Teresa Fontcuberta de la Torre).
SAP Cáceres 427/2011, de 14 de diciembre (Valentín Pérez Aparicio).
SAP Pontevedra 4/2012, de 11 de enero (María del Rosario Cimadevila Cea).
AAP Barcelona 122/2012, de 20 de febrero (Yolanda Rueda Soriano).
SAP Barcelona 425/2012, de 25 de abril (Esmeralda Ríos Sanbernardo).
AAP Barcelona 201/2012, de 7 de mayo (María Mercedes Otero Abrodos).
SAP Las Palmas 135/2012, de 11 junio (Miguel Ángel Parramon i Bregolat).
SAP Lleida 414/2012, de 14 de diciembre (Francisco Segura Sancho).
SAP Huelva 16/2013, de 25 de enero (José María Méndez Burguillo).
SAP Cádiz 36/2013, de 29 de enero (Juan Carlos Campo Moreno).
SAP Barcelona 120/2013, de 6 de febrero (Aurora Figueras Izquierdo).
SAP Madrid 42/2013, de 8 de abril (Mario Pestana Pérez).
SAP Valencia 149/2013, de 14 de febrero (José Manuel Ortega Lorente).
SAP Barcelona 574/2013, de 21 de mayo (Manuel Álvarez Rivero).
SAP Málaga 335/2013, de 12 de junio (Beatriz Sánchez Marín).
SAP Huesca 120/2013, de 11 de julio (Tomás García Castillo).
SAP Madrid 313/2013, de 17 de julio (Ignacio José Fernández Soto).
SAP Murcia 243/2013, de 3 de septiembre (Matías Manuel Soria Fernandez-Mayorales).
SAP Barcelona 858/2013, de 20 de septiembre (José Luís Ramírez Ortíz).
SAP Zaragoza 261/2013, de 24 de septiembre (Alfonso Ballestín Miguel).
SAP Granada 550/2013, de 30 de octubre (Jesús Flores Domínguez).
SAP Barcelona 23/2013, de 9 de diciembre (Carmen Zabalegui Muñoz).
SAP Valencia 15/2014, de 7 de enero (M^a del Carmen Melero Villacañas Lagranja).
SAP 361/2014, de 4 de marzo (Jesús Fernández Entralgo).
SAP Madrid 189/2014, de 2 de abril (Justo Rodríguez Castro).
SAP Málaga 24/2014, de 8 de abril (Mariano Santos Peñalver).

SAP Madrid 179/2014, de 11 de abril (José María Cascado Pérez).
SAP Granada 256/2014, de 8 de mayo (Francisco Javier Zurita Millán).
SAP Toledo 55/2014, de 5 de junio (Urbano Suárez Sánchez).
SAP Cáceres 298/2014, de 30 de junio (Jesús M^a Gómez Flores).
SAP Barcelona 100/2014, de 14 de julio (María Magdalena Jiménez Jiménez).
SAP Madrid 684/2014, de 27 de octubre (M^a del Carmen Compaired Plo).
SAP Asturias 170/2015, de 29 de abril (Ana Álvarez Rodríguez).
SAP Madrid 545/2015, de 20 de julio (Luis Carlos Pelluz Robles).
SAP Madrid 642/2015, de 27 de julio (Rosa María Quintana San Martín).

STSJ Madrid 1097/2001, de 9 de octubre (Juan Francisco López de Hontanar Sánchez).
STSJ Andalucía (Granada) 36/2013, de 21 de noviembre (Lorenzo del Río Fernández).

AAN 65/2001, sala de lo penal, de 26 de julio (Francisco García Pérez).
AAN 27/2004, sala de lo penal, de 10 de febrero (Luís Martínez de Salinas Alonso).

STS 708/1996, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre (Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
STS 1405/1982, Sala de lo Penal, de 11 de diciembre (Martín Jesús Rodríguez López).
STS 1223/1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de febrero (Vicente Marín Ruiz).
STS 1458/1986, Sala de lo Penal, de 11 marzo (Francisco Soto Nieto).
STS 3265/1989, Sala de lo Penal, de 26 de abril (José Luis Albácar López).
STS, Sala de lo Penal, de 27 de marzo de 1990 (José Hermenegildo Moyna Ménguez).
STS 2221/1991, Sala de lo Penal, de 14 de marzo (José Luis Albácar López).
STS 8064/1991, Sala de lo Penal, de 28 de junio (José Antonio Martín Pallín).
STS, Sala de lo Penal, de 28 de octubre de 1991 (Luís Román Puerta Luís).
STS 4526/1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio (Jaime Barrio Iglesias).
STS 8512/1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre (Jaime Barrio Iglesias).
STS 1903/1994, Sala de lo Penal, de 2 de noviembre de 1994 (Enrique Bacigalupo Zapater).
STS, Sala de lo Penal, de 17 de marzo de 1995 (Candido Conde-Pumpido Ferreiro).
STS 564/1995, Sala de lo Penal, de 7 de abril (Joaquín Delgado García).
STS 708/1996, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre (Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
STS 1275/1997, Sala de lo Penal, de 20 de octubre (Carlos Granados Pérez).
STS 581/1998, Sala de lo Penal, de 5 de mayo (Bacigalupo Zapater).
STS 87/1998, Sala de lo Penal, de 3 de septiembre (María Jover Carrión).
STS 1003/1999, Sala de lo Penal, de 14 de junio (Eduardo Móner Muñoz).
STS 1582/2000, Sala de lo Penal, de 18 de octubre (Joaquín Jimenez García).
STS 2102/2001, Sala de lo Penal, de 18 de enero (José Antonio Marañón Chavarri).
STS 481/2001, Sala de lo Penal, de 26 de marzo (Julián Sánchez Melgar).

STS 545/2001, Sala de lo Penal, de 3 abril (José Ramón Soriano Soriano).
STS 1298/2001, Sala de lo Penal, de 28 de junio (José Ramón Soriano Soriano).
STS 12/2002, Sala de lo Penal, de 21 de enero (Perfecto Andrés Ibáñez).
STS 1024/2002, Sala de lo Penal, de 30 mayo (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).
STS 916/2002, Sala de lo Penal, de 4 junio (José Aparicio Calvo-Rubio).
STS 1374/2002, Sala de lo Penal, de 18 de julio (Andrés Martínez Arrieta).
STS 1491/2002, Sala de lo Penal, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis).
STS 1632/2002, Sala de lo Penal, de 9 de octubre (Julián Sánchez Melgar).
STS 1825/2002, Sala de lo Penal, de 4 de noviembre (José Aparicio Calvo-Rubio).
STS 2067/2002, Sala de lo Penal, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).
STS 1500/2003, Sala de lo Penal, de 14 de noviembre (Joaquín Delgado García).
STS 1451/2003, Sala de lo Penal, de 26 de noviembre (Candido Conde-Pumpido Tourón).
STS 406/2003, Sala de lo Penal, de 17 de marzo (Diego Antonio Ramos Gancedo).
STS 590/2004, Sala de lo Penal, de 6 de marzo (Andrés Martínez Arrieta).
STS 1054/2004, Sala de lo Penal, de 4 de octubre (Enrique Bacigalupo Zapater).
STS 50/2005, Sala de lo Penal, de 28 enero (Joaquín Delgado García).
STS 172/2005, Sala de lo Penal, de 14 de febrero (Julián Sánchez Melgar).
STS 1439/2005, Sala de lo Penal, de 21 marzo (Gregorio García Ancos).
STS 49/2005, Sala de lo Penal, de 22 de abril (M^a Félix Tena Aragón).
STS, Sala de lo Penal, de 23 de abril de 2005 (Juan José González Ribas).
STS 712/2005, Sala de lo Penal, de 8 de junio (Diego Antonio Ramos Gancedo).
STS 865/2005, Sala de lo Penal, de 24 de junio (Julián Sánchez Melgar).
STS 879/2005, Sala de lo Penal, de 4 de julio (Francisco Monterde Ferrer).
STS 1067/2005, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre (Gregorio García Arcos).
STS 1253/2005, Sala de lo Penal, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).
STS 556/2006, Sala de lo Penal, de 31 de mayo (Francisco Monterde Ferrer).
STS 879/2006, Sala de lo Penal, de 20 de septiembre (Perfecto Andrés Ibáñez).
STS 947/2006, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre (Joaquín Jiménez García).
STS 1010/2006, Sala de lo Penal, de 2 de octubre.
STS 1248/2006, Sala de lo Penal, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez).
STS 1204/2006, Sala de lo Penal, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez).
STS 181/2007, Sala de lo Penal, de 7 de marzo (Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
STS 72/2007, Sala de lo Penal, de 12 de abril (María Muñoz Acero).
STS, 346/2007, Sala de lo Penal, de 27 de abril (Andrés Martínez Arrieta).
STS 181/2007, Sala de lo Penal, de 7 de mayo (Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre).
STS 584/2007, Sala de lo Penal, de 27 de junio (Diego Ramos Gancedo).

STS 696/2007, Sala de lo Penal, de 9 de julio (Carlos Granados Pérez).

STS 934/2007, Sala de lo Civil, de 10 de septiembre (José Almagro Nosete).

STS 1028/2007, Sala de lo Penal, de 11 diciembre (Diego Antonio Ramos Gancedo).

STS 1095/2007, Sala de lo Penal, de 28 de diciembre (José Ramón Soriano Soriano).

STS 54/2008, Sala de lo Penal, de 8 de abril (Manuel Marchena Gómez).

STS 421/2008, Sala de lo Civil, de 20 de mayo (Antonio Salas Cancellor).

STS 679/2008, Sala de lo Civil, de 16 de julio (Román García Varela).

STS 503/2008, Sala de lo Penal, de 17 de julio (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

STS 679/2008, Sala de lo Civil, de 16 de julio (Román García Varela).

STS 910/2008, Sala Civil, de 2 de octubre (Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

STS 234/2008, Sala de lo Penal, de 28 de noviembre (Juan Antonio Xiol Ríos).

STS 336/2009, Sala de lo Penal, de 2 de abril (Andrés Martínez Arieta).

STS 470/2009, Sala de lo Penal, de 7 mayo (Andrés Martínez Arrieta).

STS, Sala de lo Penal, de 11 de mayo de 2009 (Lucas Murillo De la Cueva).

STS 480/2009, Sala de lo Penal, de 22 de mayo (Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

STS, Sala de lo Penal, 930/2010, de 21 de octubre (Luciano Varela Castro).

STS 1193/2010, Sala de lo Penal, de 24 de febrero (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

STS 111/2010, Sala de lo Penal, de 23 de diciembre (Juan Ramón Verdugo y Gómez de la Torre).

STS 152/2011, Sala de lo Penal, de 4 de marzo (Julián Sánchez Melgar).

STS 680/2011, Sala de lo Penal, de 22 de junio (Francisco Monterde Ferrer).

STS 1046/2011, Sala de lo Penal, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro).

STS 808/2011, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre (Francisco Marín Casas).

STS 679/2008, Sala de lo Civil, de 16 de julio (Román García Varela).

STS 472/2012, Sala de lo Penal, de 12 de junio (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

STS 659/2012, Sala de lo Penal, de 26 de julio (Antonio del Moral García).

STS 79/2012, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre (José Ramón Fernandez Gabriol).

STS 153/2013, Sala de lo Penal, de 6 de marzo (Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre)

STS 454/2014, Sala de lo Penal, de 10 de junio (Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre)

STS 800/2014, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

STS 749/2014, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

STS 852/2014, Sala de lo Penal, de 11 de diciembre (Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

STC 15/82, de 23 de abril (Gloria Bequé Cantón).
STC 53/85, de 11 de abril (Gloria Bequé Cantón/Rafael Gómez Ferrer Morant).
STC 160/1987, de 27 de octubre (Carlos de la Vega Venayas).
STC 160/1991, de 18 de julio (Luís López Guerra).
STC 113/1992, de 14 de septiembre (Fernando García Mon y González Regueral).
STC 37/1993, de 8 de febrero (José Vicente Gimeno Sendra).
STC 341/1993, de 18 de noviembre (Fernando García Mon y González Regueral).
STC 384/1993, de 21 de diciembre (Pedro Cruz Villalón).
STC 387/1993, de 23 de diciembre (Fernando García Mon y González Regueral).
STC 94/1996, de 28 de mayo (Vicente Gimeno Sendra).
STC 154/1997, de 29 de septiembre (Alvaro Rodríguez Bereijo).
STC 94/1999, de 31 de mayo (Tomás S. Vives Antón).
STC 141/2000, de 29 de mayo.
STC 10/2002, de 17 de enero (M^a Emilia Casas Baamonde).
STC 154/2002, de 18 de julio (Pablo Cachón Villar).
STC 228/2002, de 9 de diciembre (Eugeni Gay Montalvo).
STC 22/2003, de 10 de febrero (Francisco Javier Delgado Barrio).
STC 311/2006, de 23 de octubre (María Emilia Casas Baamonde).
STC 209/2007, de 24 de septiembre (M^a Emilia Casas Baamonde).
STC 59/2008, de 14 de mayo (Pascual Sala Sánchez).
STC 83/2008, de 17 de julio (Manuel Aragón Reyes).
STC 101/2008, de 24 de julio (Ramón Rodríguez Arribas).
ATC 223/2005, de 24 de mayo (M^a Emilia Casas Baamonde).

Referencias normativas.

Acuerdo de la Junta de Jueces de lo penal 368/92-II, de 11 de mayo de 2010, por el que se aprueba el sistema de reparto entre juzgados.

Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

Constitución Española, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L82/1, de 22 de marzo de 2001.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los

Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, BOE nº 297, de 12 de diciembre de 1973.

Decret Legislatiu 1 /2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el *Text refós de la Llei d'urbanisme*, BOE nº 218, de 8 de septiembre de 2010.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación del procedimiento abreviado, BOE nº 258, de 28 de octubre de 2002.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE nº 101, de 28 de abril de 2015.

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, BOE de 6 de octubre de 2015.

LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, BOE nº 177, de 24 de julio de 1980.

LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, de 2 de julio de 1985.

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, BOE nº 11, de 13 de enero de 2000.

LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, BOE nº 86, de 11 de abril de 2006.

LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, BOE nº

172, de 20 de julio de 2006.

LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares, BOE nº 52, de 1 de marzo de 2007.

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015.

LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, BOE nº 166, de 13 de julio de 2015.

LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, BOE 239, de 6 de octubre de 2015.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, BOE nº 223, de 18 de septiembre de 1978.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE nº 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE nº 206, de 27 de julio de 1889.

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, BOE nº 154, de 26 de junio de 2008.

Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, redactado por Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, BOE nº 166, de 10 de marzo de 2003.