

48

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

# Penal

Julio 2021



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 48

## Sumario

---

### Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez y Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde y Tania Ixchel Atilano* ..... 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* ..... 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* ..... 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer y Dors Lorenz* ..... 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* ..... 205

**Sistemas penales comparados:** Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

### Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

**Fe de erratas** ..... 287

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva *Arias Montano*: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

|   |   |
|---|---|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen                          | José Luis González Cussac. Univ. Valencia               |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha      | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III                  |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide              |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg                 | Enzo Musco. Univ. Roma                                  |
| José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  | Francesco Palazzo. Univ. Firenze                        |
| Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg           | Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa                     |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra                | Claus Roxin. Univ. München                              |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia                  | José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha |
| Luigi Foffani. Univ. Módena                         | Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg           |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha      | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz                 |
| Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup> | John Vervaele. Univ. Utrecht                            |
| Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla                  | Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires              |
| Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío      |   |

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

|   |   |
|---|---|
| Martin Paul Wassmer (Alemania)                  | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)                                  |
| Luis Fernando Niño (Argentina)                  | Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)                                    |
| Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil) | Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)                               |
| Jiajia Yu (China)                               | Blanka Julita Stefańska (Polonia)                                     |
| Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)                | Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana) |
| Elena Núñez Castaño (España)                    | Volodymyr Hulkevych (Ucrania)   |
| Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)     | Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)                     |
| Manuel Vidaurri Aréchiga (México)               |   |
| Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)         |   |

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario

Ana Isabel Pérez Cepeda

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

### Ficha técnica

**Autor:** Ana Isabel Pérez Cepeda

**Adscripción institucional:** Catedrática de Derecho penal, Universidad de Salamanca

**Title:** The occupation of a property without violence or intimidation: an unnecessary crime

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El fenómeno de la ocupación de inmuebles, la exclusión social y el derecho a la vivienda. 3. Mecanismos de defensa de la posesión del inmueble: civiles, administrativos y procesales. 4. Configuración del tipo penal. 5. Instrumentos de adaptación de la repuesta penal a las situaciones de ocupación de inmuebles por exclusión social: A. Estado de necesidad: ocupación por necesidad real de vivienda. B. La ocupación ideológica. C. Actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 20.7 CP). D. Exclusión de la responsabilidad por la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma. E. Individualización de la pena, excusa absolutoria o indulto. 6. Sinhogarismo y la política criminal. Bibliografía

**Summary:** 1. Introduction. 2. The phenomenon of property occupation, social exclusion and the right to housing. 3. Defense mechanisms for property possession: civilian, administrative and procedural. 4. Configuration of the criminal type. 5. Instruments for adapting the criminal response to situations of occupation of properties by social exclusion: A. State of need: occupation due to real need for housing. B. The ideological occupation. C. Act in the exercise of the right to decent housing (art. 20.7 CP). D. Exclusion of responsibility for the unenforceability of conduct in accordance with the Law. E. Individualization of the sentence, acquittal or pardon. 6. Homeownership and criminal policy. Bibliography

**Resumen:** En este artículo se analiza el delito de ocupación sin violencia e intimidación de inmueble, vivienda o edificio (art. 245.2 CP) y las consecuencias de su penalidad. También se aborda la protección extrapenal de la posesión y ahonda en la teoría del delito como herramienta útil para excluir la responsabilidad penal de las personas que cometen este delito en situaciones de exclusión social y económica, mientras continúe vigente.

**Palabras clave:** ocupación de inmuebles, sinhogarismo, exclusión económica y social

**Abstract:** This article analyzes the crime of occupation without violence and intimidation of property, dwelling or building (art. 245.2 CP) and the consequences of its penalty. It also addresses the extra-criminal protection of possession and delves into the theory of crime as a useful tool to exclude the criminal responsibility of people who commit this crime in situations of social and economic exclusion, while it continues in force.

**Key words:** occupation of property, homelessness, economic and social exclusion

**Observaciones:** Proyecto de Investigación “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref. RT 12018-095155-B-C21)

**Rec.:** 10-04-2021 **Fav.:** 28-04-2021

### 1. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25, establece que toda persona tiene Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, entre otros derechos, la vivienda. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 11 consagra también el Derecho Humano a la vivienda, ofreciendo Directrices a los Estados que comprenden un conjunto de medidas a aplicar en los diferentes terrenos (sinhogarismo, migraciones, cambio climático, asentamientos informales, etc.), dónde se producen vulneraciones sistemáticas del este Derecho Humano, aclarando que el cumplimiento de esa obligación debe evaluarse. Es por esto, que se debería tener en cuenta la necesidad habitacional de determinada población vulnerable y reclamar a los Estados la obligación de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del Derecho a una vivienda adecuada, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas.

Desde esta perspectiva la Relatora Especial de Vivienda de Naciones Unidas, Leilani Farha, en unas “Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada”, como elemento integrante del Derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el Derecho de no discriminación, afirma<sup>1</sup>: “La actual crisis mundial de la vivienda no se parece a ninguna otra crisis anterior. Está asociada a la creciente desigualdad socioeconómica, a la financierización a gran escala de la vivienda y el suelo, y a la existencia de sistemas de vivienda insostenibles que consideran a la vivienda como una mercancía”. Es un hecho que “los Estados frecuentemente malinterpretan el derecho a la vivienda como un mero compromiso con los programas de vivienda, una cuestión de política socioeconómica aislada de los valores e imperativos de Derechos humanos y sin una verdadera rendición de cuentas ni acceso a la justicia”<sup>2</sup>. También, cabe inferir que las violaciones del Derecho a la vivienda, como los desalojos forzosos, se deben a menudo a la acción de los Estados, a su incapacidad para adoptar medidas positivas a fin de hacer frente a las inaceptables condiciones en las que numerosas personas se ven obligadas a vivir sin casa. Esta inactividad de los Estados provocó el nacimiento del denominado movimiento “okupa” que tiene como reivindicación o acción social la utilización de inmuebles vacíos con el fin de usarlos como viviendas, lugar de reunión o centros con fines sociales y culturales, haciendo de la

ocupación una protesta política y social contra la especulación inmobiliaria. Este movimiento, unido a la crisis económica, ha llevado a que la ocupación sea un fenómeno social con un gran impacto sobre todo mediático, desconociendo una realidad insoslayable que es el recurso a la misma es también y principalmente por personas pobres y sin hogar.

Lamentablemente, la COVID ha profundizado las causas que alimentan este fenómeno, y aunque, en algunos Estados, se han adoptado medidas económicas y sociales tendentes a paliar los desahucios como consecuencia de una falta de recursos económicos sobrevenidos, persiste la falta de vivienda social asequible y la ausencia de políticas de vivienda que garanticen el acceso a la misma, sobre todo por los más vulnerables, tampoco se han adoptado medidas preventivas para eliminar las causas subyacentes de los desalojos como es la especulación con los bienes inmuebles y la vivienda. En este contexto actual de pandemia mundial debería haber puesto de relieve una mayor concienciación por parte de la sociedad civil y de las administraciones, asumiendo que la crisis de la vivienda requiere una respuesta basada en los Derechos Humanos, no sólo basada en los desalojos como último recurso en que los casos de ejecución hipotecaria o de atrasos en el pago de alquileres, sino que tras haberse explorado todas las alternativas para resolver la cuestión de la deuda pendiente, por ejemplo, mediante subsidios de emergencia para la vivienda, el reescalonamiento de la deuda, pero además es necesario la reubicación a viviendas más asequibles que cumplan con las normas de adecuación. Por ende, los Estados deberían ejecutar programas para prevenir los desalojos mediante medidas como la estabilización y el control de los alquileres, la ayuda para el alquiler y otras iniciativas orientadas a promover la seguridad en entornos urbanos.

En nuestro país, el Derecho a la vivienda está reconocido en el Capítulo III del Título I de la CE, art. 45, dentro de los principios rectores de la política social y económica, donde se prevé expresamente que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Este precepto se integra con el Derecho a la propiedad privada, también reconocido en el art. 33 de CE, lo que fundamenta para algunos que la ocupación pacífica de inmuebles en la actualidad siga siendo un delito leve contra la propiedad, a pesar de las continuas peticiones que ha habido desde diferentes grupos políticos y profesionales para su derogación y de los

1 Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada (A/HRC/43/43) al Consejo. En línea, <http://www.undocs.org/es/a/HRC/43/43> (consulta 16/03/2021)

2 A/69/274, párr. 18, y A/71/310, párr. 5.

instrumentos, que desde otras ramas del ordenamiento jurídico, se han aprobado con el fin de devolver la propiedad a su legítimo poseedor.

Así, aunque se pudiera pensar que ha quedado derogado *de facto*, este delito como ley vigente se sigue aplicando, aunque disminuye los procesos incoados y calificados en el año 2018 en casi un 20% en las incoaciones y más del 70% en las calificaciones, respecto del anterior ejercicio, resaltar que tan solo un 2,6% de los procedimientos incoados, son finalmente calificados por el Fiscal<sup>3</sup>. La tendencia ha continuado, los datos del Ministerio Público de 2019 señalan un leve descenso, se incoaron 9.622 diligencias previas, frente a las 9.693 del año anterior, lo que supone un 0,75 por ciento menos de asuntos, las calificaciones aumentan, sin embargo, de 201 a 210<sup>4</sup>. También la estadística oficial demuestra que los casos de allanamiento de morada tienen una importancia numérica escasa. En 2019 hubo en toda España 238 condenas por este delito, según las últimas cifras del Instituto Nacional de Estadística, que reflejan además una tendencia a la baja desde 2016<sup>5</sup>. A pesar de la pandemia, se ha reiterado en todos los medios de comunicación, que los hechos denunciados en el conjunto del Estado solo han aumentado un 5% en el primer semestre del 2020 respecto al mismo periodo del año anterior, alcanzado las 7.450 ocupaciones<sup>6</sup>. Este último dato, ha motivado que en este país el fenómeno de la ocupación haya regresado, como un claro ejemplo de populismo punitivo, generando un alarmismo del que tratan de beneficiarse las empresas de seguridad, con gran desconocimiento sobre el verdadero alcance de este fenómeno, sus diferentes formas y los mecanismos legales que jueces y policías tienen a su disposición para atajarlo.

En este artículo analizaremos las consecuencias de su penalidad, la colisión con otros derechos que se ven afectados como el Derecho a la vivienda, que no tiene en la opción punitiva del más débil su mejor solución. También trataremos de constatar que la dogmática funcionalista teleológica-valorativa nos puede servir para mitigar el rigor de la aplicación de un delito que parece innecesario a tenor de los instrumentos extrapenales existentes<sup>7</sup>. La razón estriba también en que la situación de las personas sin hogar<sup>8</sup> constituye un paradigma de la exclusión social operada desde el sistema económico, siendo la ocupación de inmuebles una de las pocas posibilidades de lograr acceder a la vivienda para los pobres. Este trabajo ahondará en la necesidad de que situaciones de exclusión sean tenidas en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal mientras existan preceptos como el que es objeto de estudio, que no es otra cosa que una manifestación del sistema aporóforo penal<sup>9</sup>.

## 2. El fenómeno de la ocupación de inmuebles, la exclusión social y el derecho a la vivienda

El desarrollo de la ocupación ilegal se explica por el incremento de la pobreza<sup>10</sup>, los hogares sin ningún tipo de ingresos se han incrementado un 76% desde el 2007. La necesidad de vivienda para colectivos vulnerables, como se afirma en el estudio del Instituto Cerdá<sup>11</sup>, está promoviendo la aparición de “soluciones alternativas fuera de la Ley”, la ocupación puede ser una vía transitoria para el acceso a la vivienda en situaciones de emergencia social, pero “nunca es la solución ni para la persona ni para la comunidad”. En este estudio publicado en 2017 se estima que existen más de 87.500 familias ocupando viviendas en España, la cifra equi-

3 Memoria de la Fiscalía de 2018, <https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2019/06/28/MEMFIS18.pdf> aparece que en 2017 se incoaron 10373 delitos de usurpación frente a los 27263 de 2015, de ellos fueron calificados 278 en 2017 y 3461 en 2015.

4 En la Memoria de la Fiscalía de 2020, <https://elforodeceuta.es/wp-content/uploads/MEMORIA-FISCALIA-GENERAL-DEL-ESTADO-2020.pdf> (última consulta 16/03/2021) Estos datos contrastan con los elaborados por el Instituto Nacional de Estadística, que recoge el CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/en> en 2018 hubo 6028 condenados delitos de usurpación, sin embargo, en el 2019 hay un descenso 4687, destacan los datos de Andalucía y la Comunidad de Madrid.

5 Instituto Nacional de Estadística, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997> (última consulta 16/03/2021)

6 Estas cifras, que se afirman han sido difundidas por el Ministerio del Interior, no se han localizado, en realidad la fuente es un portal de datos de Europa press. <https://www.epdata.es/datos/denuncias-okupacion-graficos/560> (consultado el 16/03/2021)

7 Hasta ahora, como ha puesto de manifiesto (Berster, 2021, 24 y ss.) al menos no se puede observar que la teoría del funcionalismo en Alemania desarrollada por Roxin, Frisch y Freund suponga un re-penalización de los estilos de vida asociales, no puede predicarse lo mismo de la teoría de Jakobs y Pawlik.

8 Un estudio criminológico sobre el tratamiento que el Derecho penal y la política criminal otorga a las personas sin hogar, vid. García Domínguez, (2020, 23 y ss.)

9 Sobre la pobreza y la desigualdad como marco de la política criminal de la exclusión, vid. Terradillos Basoco, (2020, 47 y ss.)

10 Sobre los conceptos de pobreza, sinhogarismo, habitante de la calle y su relación con la aporofobia, vid., Olásolo/Hernández Cortes, (2021, 229-232), también se han pronunciado sobre el concepto de pobreza y delincuencia Neubacher/Bögelein (2020, 45)

11 Institut Cerdá, (2017, 42)

valente a 262.500 personas, aunque existe una falta de datos objetivos como la cuantificación de las familias vulnerables que recurren a la ocupación, puesto que la ocupación ilegal ha trascendido a las personas en riesgo de pobreza y exclusión social, proliferando otros colectivos, entre un 10 y un 35% de las ocupaciones pueden calificarse de conflictivas. Se denuncia que ha aparecido delincuencia organizada que se dedica a la ocupación de viviendas, lo cierto es que, según el estudio<sup>12</sup>, 9 de cada 10 municipios relacionan un incremento de la ocupación ilegal con la proliferación de estas organizaciones, no obstante, inciden en que la mayoría de casos se trata de grupos poco organizados<sup>13</sup>, dedicados a la apertura de puertas, que requieren una respuesta penal concreta, que no se ha dado, sin obviar que la mayoría de supuestos el ocupante es una víctima en la mayoría de casos de estafa. Actualmente, las ocupaciones conflictivas son de carácter minoritario porque frente a grupos que se dedican a la ocupación de inmuebles cobrando una renta a familias excluidas social y económicamente existen otras ocupaciones realizadas por necesidad para resolver una carencia de vivienda. Sin desconocer, como refleja el estudio, que la ocupación puede generar impactos en su entorno inmediato negativos a diversos niveles: sobre la propia persona, sobre la convivencia y sobre el entorno urbano. Las bajas condiciones de habitabilidad da lugar a la manipulación de instalaciones de gas y electricidad, que puede genera un riesgo para el conjunto de los vecinos. Se afirma que entre el 40 y 60% de viviendas ocupadas realizan conexiones fraudulentas<sup>14</sup>. Ahora bien, señalar que, todas estas conductas están criminalizadas en nuestro Código penal pudiendo dar lugar al correspondiente concurso de delitos, que dan como resultado penas nada desdeñables<sup>15</sup>.

Las causas que han generado la crisis social de la vivienda y, en particular, la ocupación, no remitirán significativamente a corto plazo, al contrario, como se

ha señalado anteriormente, proliferarán por la nueva crisis económica provocada por la COVID. De forma reiterada los medios de comunicación, obviando que en las circunstancias del confinamiento la ocupación de inmuebles era la vía de proteger la salud y la vida<sup>16</sup>, han influido en la percepción social alertado de un incremento del fenómeno de la ocupación. Las reacciones no se hicieron esperar, a pesar de que todos los datos oficiales avalaban lo contrario, la Fiscal General del Estado dicta una Instrucción para que los fiscales actúen unificadamente frente a las ocupaciones, siguiendo la línea de la Fiscalía de Baleares y de Valencia<sup>17</sup>. La fiscalía actúa debido a que el “fenómeno” de las ocupaciones ha generado “preocupación social y una innegable sensación de inseguridad en la ciudadanía”, añade algo que resulta sorprendente, “en un porcentaje no despreciable de los casos, las ocupaciones de inmuebles se llevan a cabo en el ámbito de la delincuencia organizada y de “alcance transnacional”<sup>18</sup>. El objetivo es que los fiscales refuercen su intervención en defensa de los derechos de las víctimas y los perjudicados entendiendo por tales a los vecinos y/o colindantes a los que el delito pueda suponer un perjuicio directo en el pleno disfrute de sus derechos, recurriendo con la “mayor inmediatez” a las herramientas legales disponibles, “capaces de restablecer el legítimo derecho del denunciante y evitar la persistencia en el tiempo de la conducta delictiva en tanto se tramita el correspondiente procedimiento”. Por lo menos incide la Instrucción en que debe diferenciarse entre el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles (artículo 245.2 CP), que afecta a inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no son morada, es decir, lugares vacíos o en desuso y el delito de allanamiento de morada (artículo 202.1 CP) que sí afecta al inmueble, vivienda o edificio que sea primera o segunda residencia. Este tipo, como recuerda la jurisprudencia, protege derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE). Des-

12 Ibídem, 22 y s.

13 Cfr., la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, en la que se estima que en la actualidad la criminalidad transnacional comete este delito sin aportar datos.

14 Institut Cerdá, (2017, 24)

15 En caso de ser extranjeros irregulares, se posibilita entonces la aplicación del 89 del CP, con todos los problemas que acarrea el mismo y que han sido puestos de manifiesto por Navarro Cardoso, (2021, 193 y ss.)

16 La Relatora de Vivienda, Leilani Farha, COVID-19 GUIDANCE NOTE Protecting renters and mortgage payers, 2020, [https://www.make-the-shift.org/wp-content/uploads/2020/04/COVID-19-Guidance-Note\\_Protecting-renters-and-mortgage-payers\\_The-Shift-and-UN-SR-on-the-right-to-housing.pdf](https://www.make-the-shift.org/wp-content/uploads/2020/04/COVID-19-Guidance-Note_Protecting-renters-and-mortgage-payers_The-Shift-and-UN-SR-on-the-right-to-housing.pdf) (consultado el 16/03/2021) afirma que: “los Estados deben garantizar que todas las medidas de emergencia tomadas para contener el virus y evitar que las personas y las familias pierdan sus hogares, sientan las bases para la realización del derecho a la vivienda una vez que la pandemia haya terminado. Esta es una oportunidad para garantizar que los sistemas de vivienda en el futuro sean sostenibles y resistentes frente a la próxima crisis mundial. El Derecho a la Vivienda era condición necesaria para el ejercicio de otros Derechos, actualmente se ha convertido en condición *sine qua non* para garantizar, nada más y nada menos que el Derecho a la Vida”.

17 Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles

18 Ibídem

de esta misma perspectiva, días después, se aprobó la Instrucción 6/2020 por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en la que se ha elaborado un protocolo de actuación para Policía Nacional y Guardia Civil<sup>19</sup>. Esta Instrucción pretende “homogeneizar y mejorar” la respuesta policial y “garantizar” que los atestados recojan todos los elementos que deben ser aportados a las autoridades judiciales, con el objetivo de facilitar la resolución judicial del conflicto, la restauración a su legítimo dueño del inmueble allanado o usurpado y la reparación de los daños causados. Asimismo, refuerza las acciones encaminadas a evitar la aparición o consolidación de grupos criminales dedicados a la usurpación de viviendas con diferentes fines, entre los que figura el alquilarlas o venderlas a terceros de manera fraudulenta<sup>20</sup>.

Hasta la pandemia, el planteamiento era que cualquier solución (social, económica y jurídica) pasa por plantear una legislación eficaz y unos procedimientos administrativos rápidos que arbitre instrumentos ágiles (interdictos) para su pronta recuperación, como hizo a Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas ha modificado el artículo 250.1.4º de la Ley de enjuiciamiento Civil<sup>21</sup>,

derogando de facto la vía penal. Sobre la base de que previo a la intervención del Derecho penal, era necesario una alternativa a la ocupación como vía de acceso a la vivienda por parte de la población vulnerable y la articulación de políticas de vivienda que promuevan la vivienda social para que pueda estar plenamente disponible al servicio de las necesidades urgentes de las personas y familias que se encuentren en situación de vulnerabilidad y exclusión social en materia de vivienda, se aprueba el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda de los colectivos sociales más vulnerables mediante el incremento del parque de vivienda protegida y de la oferta general de las viviendas en alquiler, modificado por el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, que parte del planeamiento urbanístico relativo “a la calificación en el medio urbano de suelo adecuado y suficiente para el uso de vivienda destinada a domicilio habitual de la población, se refuerzan las herramientas destinadas a la disminución de las viviendas vacías, a la gestión de las situaciones de emergencia social, a la calificación de viviendas con protección oficial y a la moderación de los precios del alquiler de las viviendas libres”<sup>22</sup>.

19 Instrucción 6/2020, de 17 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles.

20 *Ibidem*, también prevé que la aplicación para móviles Alerteops incluirá una funcionalidad específica para que afectados, propietarios, vecinos o cualquier otro usuario que detecte un caso de ocupación ilegal de inmuebles puedan poner de forma inmediata los hechos en conocimiento de Policía Nacional y Guardia Civil, que permitan el desalojo inmediato y la detención sin necesidad de solicitar medidas judiciales en caso de delito flagrante.

21 Desde el tercer trimestre de 2018 se dispone de información estadística de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas para los casos en los que los propietarios sean personas físicas, entidades sin ánimo de lucro, o entidades públicas poseedoras de vivienda social. En el CGPJ en el informe “Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales” <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/-Los-lanzamientos-practicados-por-impago-de-alquiler-en-el-primer-trimestre-de-2019-aumentaron-un-5-2-por-ciento-respecto-al-mismo-periodo-del-ano-anterior> (consulta 16/03/2021) se afirma que mientras desciende un 25,1% los derivados de ejecuciones hipotecarias y un 2,2% los derivados del impago de alquileres, los verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas sumaron un total de 4.017, un 130,9% más que en 2018, habiéndose resuelto 2.962. Cataluña con 1.004 (un 25% del total nacional) encabeza la lista, le siguen Andalucía con 771, Comunidad Valenciana con 512 y Madrid con 440, poniendo de manifiesto aquellas comunidades que están utilizando los nuevos cambios legislativos como alternativa a la vía penal y es de esperar que en futuros datos que se publiquen se constate cómo ha disminuido considerablemente.

22 En el Decreto se determina la desocupación permanente de viviendas como constitutiva de un incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, modifica la definición de vivienda vacía, los incumplimientos referidos a la desocupación y a la carencia de destino de las viviendas a residencia habitual y permanente de las personas usuarias. Se define el alojamiento dotacional en sustitución de las viviendas dotacionales públicas y amplía los supuestos en que las viviendas tienen que ser inscritas al Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante, para incluir también viviendas desocupadas permanentemente no procedentes de ejecuciones hipotecarias o de dación en pago propiedad de personas jurídicas privadas, hecho que comporta que se puedan expropiar estas viviendas de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 4/2016. Se amplía la facultad de expropiar al dominio de las viviendas inscritas o susceptibles de serlo y reduce el contenido del derecho de propiedad ante el incumplimiento de la obligación de ocupar legalmente y efectivamente la vivienda en un 50% de su valor. Además, las personas jurídicas pasan a ser consideradas grandes tenedores de vivienda cuando tengan más de 15 de viviendas. Se establece la renovación obligatoria de los contratos de alquiler social cuando, finalizada su duración máxima, los ocupantes se encuentren todavía dentro de los parámetros legales de exclusión residencial, que será de aplicación en los procedimientos judiciales iniciados antes de la entrada en vigor de este Decreto Ley y estén todavía en tramitación. Se hace extensiva la obligación de hacer una propuesta de alquiler social antes de interponer una demanda judicial con relación a cualquier acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria y otras demandas de desahucio por vencimiento de la duración máxima del título que legitima la ocupación o por la carencia de este título en circunstancias determinadas. Por último, también se amplía la duración mínima de los

Desde otra óptica, la Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas del Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentada al Congreso de los Diputados el 17 de julio de 2020<sup>23</sup>, a la que se sumaron los grupos Parlamentarios VOX y PP, solo preveía, modificar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social para declarar el carácter permanente al fondo social de viviendas constituido como resultado de la aprobación del Real Decreto-ley 27/2012 y, posteriormente, de la citada ley, entonces sí, se podía reforzar la protección de las viviendas incluidas en el fondo, en los términos de esta ley, para garantizar su destino social. En este sentido, se añadía una nueva disposición adicional, la primera bis, a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con el objetivo de consolidar en un único punto de información, el “Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones”, la relativa a las subvenciones y ayudas convocadas por cualquier Administración pública con la finalidad de beneficiar a todos aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad a los efectos del disfrute del derecho a la vivienda digna y adecuada. Por ende, se proponía modificar el artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, para que los servicios de atención a las personas en situación o riesgo de exclusión social, en relación con el disfrute de una vivienda digna, puedan ser atendidos por las Diputaciones u otras entidades locales supramunicipales, como los otros servicios relacionados en dicho artículo. Esta propuesta fue rechazada en el Congreso de los Diputados.

En este nuevo contexto, a nuestro entender, es en el que los Estados deben actuar hasta el máximo de sus recursos disponibles y deben hacerlo dentro del marco de Derechos Humanos, pues existe un riesgo claro de que las medidas que se adopten puedan violar los derechos económicos, sociales y culturales, aumentando el sufrimiento de los grupos más vulnerables<sup>24</sup>, al no ayudar a todos aquellos que por distintas razones se han visto privados de la vivienda o no pueden acceder a ellas. En el caso concreto de nuestro país, para garantizar este

derecho subjetivo y vigencia por el Estado, desde que entró en vigor el estado de alarma, se publicaron inicialmente dos normas que contemplaba algunas medidas protectoras; el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo y de 31 de marzo, prevé un conjunto de medidas establecidas por el Gobierno hasta ese momento, tanto para los hipotecados como para los inquilinos que beneficiaban únicamente a aquellas personas que, como consecuencia de la COVID-19, pasasen a estar en una situación de vulnerabilidad pero no protegía a aquellas personas que ya se encontraban, previamente, en una situación de vulnerabilidad<sup>25</sup>.

Posteriormente, ha sido reformado por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, reconociendo que existe un gran déficit de vivienda social en alquiler y a precio asequible, ofreciendo cobertura a menos del 2,5% de los hogares, se dedican a situaciones de vulnerabilidad desde el punto de vista social y económico que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional aunque pudiera no derivarse directamente de los efectos de la COVID-19. Entre las medidas se prevé la suspensión de desahucios, ampliando los casos y la evitación del corte de suministros a hogares vulnerables. Con esto, se asume que la proliferación del fenómeno trae causa en el parque y las políticas de vivienda, y se pretende mitigar las situaciones de agravio entre personas vulnerables, sin mermar la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la propiedad y a la posesión, como se verá en las siguientes páginas.

### 3. Mecanismos de defensa de la posesión del inmueble: civiles, administrativos y procesales

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diversos instrumentos para garantizar el Derecho a la posesión de la propiedad, entre los que destaca en el ámbito civil la llamada “Ley antiokupa”, Ley 5/2018, que introduce una variante del interdicto de retener o recobrar la posesión, exigiendo que se acredite una posesión previa y un derecho a poseer con base en un título legítimo acreditado documentalmente, pudiéndose utilizar en el pla-

---

contratos de alquiler social y se hace extensiva la definición de gran tenedor al fondo de capital riesgo y de utilización de activos y a las personas físicas que dispongan de más de 15 viviendas, regulando las condiciones económicas de la cesión obligatoria de viviendas. Si bien, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 14 de julio de 2020, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2577-2020, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra el citado Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, modificado por el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 1/2020, de 21 de enero, y el acuerdo del Parlamento de Cataluña, de 4 de marzo de 2020, de convalidación de este último.

23 Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas de 17 de julio de 2020, [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-97-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-97-1.PDF) (consultado 16/03/2021).

24 Declaración sobre la pandemia de coronavirus y los derechos económicos, sociales y culturales del 6 de abril de 2020, E/C.12/2020/1

25 Vid., la crítica en este sentido, Jacinto Uranga (2020, 44 y ss.)

zo de un año que se produjo el despojo de la posesión<sup>26</sup>. En este sentido, la Ley ha introducido una modificación de los artículos 150, 250, 437, 441 y 444 de la LEC con la finalidad de adecuar y actualizar el tradicional interdicto para recobrar la posesión, estableciendo un “procedimiento exprés” cuando el perjudicado por la ocupación ilegal se trate de una persona física propietaria o poseedora legítima por otro título de una vivienda, de entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y de entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (artículo 250.1.4º de la LEC); quedando reducido en la práctica el ámbito penal a las entidades con ánimo de lucro como entidades bancarias y otras instituciones de inversión colectiva, excluyéndose del ámbito objetivo de aplicación a todos aquellos inmuebles que carezcan de la consideración de vivienda (locales, trasteros, solares...) <sup>27</sup>. En este caso, el particular puede interponer una demanda contra las personas que habitan en la vivienda ocupada sin necesidad de identificarlas, se trata de un juicio verbal sumario sin efecto de cosa juzgada para recuperar la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, adjuntando un título de propiedad o usufructo. La otra parte tiene cinco días para presentar un documento que legitime su presencia en la citada propiedad y diez días para contestar a la demanda. Si no se aporta una justificación suficiente, se decreta el desahucio previa comunicación en un plazo de siete días a los servicios sociales, por si hubiera que adoptar alguna medida de protección (por ejemplo, por la presencia de menores), siempre que otorgara consentimiento, o buscar una solución habitacional<sup>28</sup>. En caso de que los servicios sociales constante que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad, el juez suspende el procedimiento un mes, o tres meses, cuando el demandante es una persona jurídica. De esta manera, pretende coonestarse la recuperación de la posesión por la autoridad judicial con un sistema de comunicación inmediato a los servicios sociales antes

del desahucio para que pueda darse una ubicación a las familias con necesidades.

Además, la Ley 5/2018 ha introducido un apartado 3 bis al artículo 437 LEC en virtud del cual se permite dirigir la demanda “genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer”. En la misma línea, el apartado 1bis del artículo 441 LEC introducido *ex novo* incide en que la “notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad”. En este mismo apartado se regula, en previsión de que el ocupante ilegal se encontrara en situación de vulnerabilidad social, la obligación de trasladar a los servicios públicos competentes comunicación sobre la situación del mismo por si procediera su actuación. Además, la regulación de esta comunicación a los servicios públicos en materia de política social se generaliza igualmente, incorporando un nuevo apartado 4 al artículo 150 LEC, en todos aquellos procedimientos en los que la correspondiente resolución señale el lanzamiento de una vivienda de quienes la ocupen, sea cual sea la causa por la que se encontraran en dicha situación, por si procediera su actuación, buscando así una rápida respuesta de los poderes públicos cuando se detecten situaciones de especial vulnerabilidad.

Por otro lado, la medida cautelar de recuperación inmediata de la vivienda, posibilita el desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente podrá llevarse a cabo con independencia del tiempo que dure el procedimiento. Así, el referido apartado 1bis del artículo 441 LEC ha introducido igualmente un mecanismo con la finalidad de que quienes hayan ocupado ilegalmente una vivien-

26 Shumann Barragán, (2018,13).

27 Jiménez Paris (2018, 6) afirma que cuando el legislador en la LEC alude de forma genérica al término vivienda incluye tanto la morada, como las segundas viviendas (viviendas temporales o de vacaciones), como las viviendas que estén completamente deshabitadas a la espera de ser vendidas. Sólo se cuestiona los supuestos de vivienda que no sean inmuebles (tiendas de campaña, roulottes...).

28 El art. 441.5 LEC cuando el desahucio es por falta de pago, establece: “En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarla la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano”.

da la abandonen a la mayor brevedad una vez admitida a trámite la demanda<sup>29</sup>. Por ende, la Ley 5/2018 ha previsto un apartado 1bis en el artículo 444 LEC según el cual si los demandados no contestaran a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia. Del mismo modo, dicho apartado señala que la única causa de oposición que podrá esgrimir el demandado en su contestación será fundar la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o la falta de título por parte del actor. Por último, el apartado 1bis del artículo 444 LEC introducido por la Ley 5/2018 viene a indicar igualmente que: “La sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548”. A pesar de la apariencia de novedad, tampoco cabría descartar la concesión de una medida como esta al amparo del régimen general de medidas cautelares (art. 727.11 LEC) por lo que simplemente se han ampliado las posibilidades de otorgarla, además de una tramitación procesal única con plazos reducidos y la flexibilización de los requisitos para su adopción<sup>30</sup>.

Puede constatarse como las medidas introducidas por la Ley 5/2018 es coherente con el propósito del legislador de que los perjudicados por la ocupación ilegal de su vivienda recuperen la posesión de su propiedad, estableciendo una respuesta ágil por parte de los Tribunales de justicia<sup>31</sup>.

Sobre la vigilancia y protección de bienes inmuebles en la vigente Ley 5/2014, de 5 de abril, de Seguridad Privada, entre las competencias que atribuyen los vigilantes de seguridad se encuentra, la de “ejercer la

vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión”, y “evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección, realizando las comprobaciones necesarias para prevenirlos o impedir su consumación, debiendo oponerse a los mismos e intervenir cuando presenciaren la comisión de algún tipo de infracción”...; En suma, impedir una ocupación, de ahí que en la actualidad las empresas de seguridad hayan visto en este ámbito una fuente de negocio.

En el ámbito administrativo, la Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas del Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentada al Congreso de los Diputados el 17 de julio de 2020, con el fin de privar de las garantías constitucionales y derechos que otorga la condición jurídica de inviolabilidad de domicilio, como medidas contra la ocupación ilegítima planteaba la modificación el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015<sup>32</sup>, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuando el legítimo titular hubiese denunciado la ocupación y existiesen indicios suficientes de la posibilidad de su utilización con fines delictivos graves, otorgando un mecanismo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que supone la vuelta a la famosa “patada en la puerta”, art. 21, número 2 de la Ley Orgánica 1/1992, derogado en su totalidad por inconstitucional<sup>33</sup>. Por ende, siguiendo la propuesta del PP, añadía un nuevo apartado 3, al artículo 18 de la Ley

29 En concreto dicho apartado 1bis del art. 441 bis LEC señala que “Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda”. Un análisis sobre el mismo vid., Magro Servet (2019)

30 Shumann Barragán, (2018, 5)

31 El Tribunal Constitucional, en Sentencia del Pleno de 28 Febrero de 2019, se afirma que: “No cabe reprochar al legislador que haya adoptado la decisión de articular lo que pretende ser un procedimiento ágil en la vía civil para la defensa de los derechos de los titulares legítimos que se ven privados ilegalmente de la posesión de su vivienda, por entender que los cauces procesales antes existentes no ofrecen una respuesta plenamente satisfactoria al creciente problema de la ocupación ilegal de viviendas”.

32 La Propuesta del Grupo parlamentario Ciudadanos de reforma del Art. 15.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana proponía que: “...En el caso de viviendas u otras edificaciones que no revistiesen la condición de domicilio, si el legítimo titular hubiese denunciado la ocupación y existiesen indicios suficientes de la posibilidad de su utilización con fines delictivos, se considerará, con respeto a las garantías previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular las del artículo 553 de dicha ley, causa legítima para la entrada, registro e identificación de los ocupantes, con independencia de las eventuales disputas sobre la legitimidad de los títulos jurídicos de la ocupación.”

33 El Art. 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana: “A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”.

de Bases del Régimen Local, al objeto de establecer que las inscripciones en el padrón municipal de quienes ocuparen ilegalmente una vivienda sean nulas y no constitutivas de prueba de residencia, “pretendiendo así evitar el fraude derivado del abuso de una situación ilegítima como la generada por una ocupación ilegal”.

Hace tiempo que existe otro instrumento extrapenal que tutela la posesión patrimonial y sanciona cuando son ilícitamente ocupadas, ya que el art.37.7 de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana 4/2015, castiga como infracción administrativa “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 constitutivos de infracción penal”. La convivencia con el art. 245.2 CP, que analizaremos posteriormente, ha ocasionado problemas de interpretación al considerarse inicialmente que el citado precepto de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana suponía una derogación tácita del mismo, por ley posterior de igual rango. Así las cosas, nuestra jurisprudencia ha venido a señalar que dicho mecanismo no puede erigirse en modo alguno en solución general ante el problema de la ocupación ilegal de viviendas, en cuanto respuesta penal, ha de ser la *ultima ratio* reservada para los casos en los que la perturbación tiene mayor significación y gravedad. En efecto, cuando la perturbación posesoria es esporádica, sin vocación de permanencia y de poca intensidad, debe considerarse atípica<sup>34</sup>. Debiendo entenderse, también como constitutivas de infracción administrativa, prevista en el art.37.7 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, y en consecuencia excluidas del ámbito penal, aquellos casos en que en que la ocupación recae sobre la vía pública y demás bienes de dominio público como los espacios destinados a tal uso y disfrute, siempre que sean inmuebles, lo que permite afirmar que en el ámbito administrativo su objeto material es más amplio que el ámbito penal<sup>35</sup>.

Los mecanismos extrapenales existentes han sido infravalorados por la oposición, que guiados por un afán de populismo punitivo, apuntan como vía preventiva para la ocupación ilícita, a la agravación de la pena para los autores<sup>36</sup>. Esta alternativa criminalizadora, que es la que defienden algunos grupos parlamentarios, cuando pretenden que el delito deje de ser leve, como panacea de vía rápida y eficaz para que el propietario pueda recuperar la ocupación de su bien, vinculada a que posibilite la adopción de medidas cautelares previas al dictado de la sentencia y mientras se está tramitando el proceso. En Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, ya se propugnaba introducir un inciso en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que se recoja de forma expresa la posibilidad de acordar como medida cautelar el reintegro en la posesión con carácter provisional a los legítimos titulares de los bienes muebles o inmuebles sustraídos o usurpados<sup>37</sup>. Estas medidas dispone que 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. En el caso de ser estimadas dichas medidas cautelares conllevaría la inmediata salida de los ocupantes de la vivienda, por lo que la duración del proceso ya no sería un obstáculo para recuperar la posesión de la vivienda cuando perjudicado-denunciante acredite la titularidad del inmueble y la ausencia de posesión legítima del inmueble por parte de los denunciados. El juzgado acordaría la medida, sin perjuicio de la continuación del proceso, para depurar responsabilidades penales y en su caso para ratificar vía sentencia las medidas cautelares acordadas<sup>38</sup>. Esta es la vía que

34 El requisito de la ocupación realizada con cierta vocación de permanencia ha sido exigido por la STS de 12 de noviembre de 2014. En el mismo sentido, vid., entre otras, la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2012, la SAP de Huelva de 25 de enero de 2013, la SAP de Girona de 18 de Febrero de 2013, la

SAP de Barcelona de 8 de julio de 2014 y a SAP de Valencia de 7 de enero de 2014.

35 Jiménez Paris (2018, 8), defiende que la LOPSC está especialmente pensada para tutelar tanto las vías y demás bienes de dominio público, pero añade: “siempre que sean inmuebles y que la ocupación o permanencia en ellos no sea constitutiva de infracción penal”.

36 Esta proposición de ley ya se presentó en la pasada legislatura, apostaba por sancionar con pena menos grave a los casos de ocupación para derivarse el procedimiento al cauce de las diligencias previas, procedimiento abreviado y juicio ante el juez de lo penal. Vid., en este sentido, Magro Servet (2019, 8)

37 Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al Inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín. Madrid, 2017, Volumen I, Fiscalía General del Estado. Ministerio de Justicia. Gobierno de España, p. 901 y s.

38 En este sentido, el Colegio de abogados de Barcelona, propone la incorporación de un artículo 544 sexies en la LECRim: “En los casos en los que conozca de un delito del artículo del 245 Código Penal, el Juez o Tribunal adoptará motivadamente la medida de desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble. Acordado el desalojo podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento atendiendo a la especial vulnerabilidad de los ocupantes o a las demás circunstancias del caso”.

pretendió seguir la Instrucción de la Fiscal General<sup>39</sup>, en la que se adoptan los criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles. El objetivo es que los fiscales refuercen su intervención en defensa de los derechos de las víctimas y los perjudicados entendiendo por tales a los vecinos y/o colindantes a los que el delito pueda suponer un perjuicio directo en el pleno disfrute de sus derechos, recurriendo con la “mayor inmediatez” a las herramientas legales disponibles, “capaces de restablecer el legítimo derecho del denunciante y evitar la persistencia en el tiempo de la conducta delictiva en tanto se tramita el correspondiente procedimiento”. Hasta este momento, era habitual que se conceda la medida cautelar de desalojo en el caso del delito de allanamiento de morada, por tratarse de la vivienda del perjudicado. También puede instarse en el caso de una ocupación, pero en este caso resulta más difícil que se conceda. Frente a ello, la Fiscal General apuesta por solicitar la medida cautelar de desalojo en ambos supuestos delictivos cuando el perjudicado sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública<sup>40</sup>. En los casos en los que la medida cautelar no hubiera sido acordada con anterioridad o hubiera sido revocada, los fiscales instarán de nuevo su adopción durante la celebración del juicio oral, siempre y cuando promuevan la condena. Y, cuando la autoridad judicial desestime la petición de medidas cautelares en este sentido, se interpondrá el recurso correspondiente. Incluso, se debe solicitar la medida cautelar en aquellos casos en los que la citación del investigado, o incluso su identificación, no puedan llevarse a efecto a causa de la deliberada actuación de éste<sup>41</sup>. No obstante recuerda que en aquellos casos que, se observe una “situación de especial vulnerabilidad” es preciso que se pongan en conocimiento de los servicios sociales, para que adop-

ten, con carácter previo al desalojo, las medidas oportunas para su protección, como ofrecer soluciones residenciales. En la Instrucción 6/2020 por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en la que se ha elaborado un protocolo de actuación para Policía Nacional y Guardia Civil el protocolo indica que si el inmueble ocupado no constituye morada, en este caso, la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es también inmediata y sin necesidad de esperar medidas judiciales si tienen conocimiento de la comisión flagrante del delito. Ahora bien, si no es posible detectar la ocupación en el momento en el que se comete, no es posible desalojar el inmueble salvo con una previa autorización judicial. En esos casos, la víctima debe acreditar la propiedad y expresar su rechazo a dicha ocupación, y será necesario comprobar la ausencia de un título jurídico que legitime la presencia de los ocupantes, aunque sea de manera temporal. Solo entonces será posible solicitar a la autoridad judicial la medida cautelar de desalojo prevista en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estas instrucciones, no tienen en cuenta que no es legítima la adopción de medidas cautelares que afectan a Derechos Humanos, como es el desalojo, en la medida en que esta protección únicamente será necesaria y proporcionada cuando exista un riesgo real para la víctima. Por ende, estas instrucciones obvian que en la actualidad se trata de un delito leve, que de no entrar en conflicto con el delito de allanamiento de morada es más difícil que un juez acepte una medida cautelar que permita un rápido desalojo, especialmente si se ha creado esa apariencia de uso legal —por ejemplo, con un contrato simulado, un recibo de la luz...—, por lo que se debe señalar el juicio y en la sentencia se acuerda el desalojo. Para que un desalojo cumpla con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe satisfacer una serie de criterios, entre los que se incluyen la

---

Se defiende, asimismo, la modificación del artículo 13 del mismo texto legal: “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, la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o del artículo 544 sexies de esta ley, así como aquellas otras que se consideren adecuadas y proporcionadas a fin de proteger de inmediato los derechos de las víctimas”. El Confidencial 02/09/2020.

39 Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado

40 Con ello, se pretende el Derecho penal no puede ser un mecanismo al servicio de entidades bancarias para recuperar la posesión, que sin negar su derecho a la propiedad sobre las viviendas ocupadas, lo cierto es que han accedido a ellas a través de ejecuciones hipotecarias y desahucios, y aunque tutele la propiedad, no debe desconocer la función social de esta

41 Justifica estas medidas la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado alegando que en los países de en nuestro entorno que disponen de vías legales preferentemente orientadas a la recuperación de la posesión del inmueble ilícitamente ocupado en plazos muy breves”. Como ejemplo, resalta que en Holanda es posible recuperar la posesión del inmueble si el ocupante no dispone del título y la denuncia policial se acompaña del título que acredite la propiedad. En Alemania y Francia, por su parte, la policía está facultada para desalojar en determinados casos en 24 y 48 horas, respectivamente, y en Italia es el juzgado el que da orden a la policía para recuperar la posesión, una vez acreditada la propiedad del bien y la inexistencia de título por parte del ocupante. No obstante, en el análisis se omite un dato relevante como es la comparación de medidas sociales previstas en estos países para personas vulnerables, renta mínima, subsidios para el alquiler, etc.

colaboración sustantiva con los afectados, la exploración de todas las alternativas viables, la reubicación en una vivienda adecuada aceptada por las personas afectadas para que nadie se quede sin hogar, el acceso a la justicia para garantizar la equidad procesal y el cumplimiento de todos los Derechos humanos<sup>42</sup>.

Por ende, podemos afirmar, sin negar su relevancia, que los juicios verbales sumarios en el ámbito civil y la sanción administrativa son suficientes para recobrar y proteger el bien jurídico de la posesión de una propiedad inmueble<sup>43</sup>, no entendiéndose ni desde la prevención general, mucho menos desde la prevención especial, que se recurre a la intervención penal, aunque se trate de un delito de bagatela, con escasa trascendencia y relevancia social. Vulnera esta opción político-criminal, aunque no proceda su inconstitucionalidad, el carácter fragmentario, subsidiario, de *última ratio*, y de intervención mínima del Derecho penal<sup>44</sup>.

#### 4. Configuración del tipo penal

Anclados en la opción criminalizadora, a pesar de que durante la VI Legislatura se presentaron dos iniciativas parlamentarias para su despenalización y que numerosas resoluciones siguen una línea que conducen a la abrogación por vía interpretativa<sup>45</sup>, el Capítulo V del Título XIII, el Código Penal, bajo la rúbrica “De la Usurpación”, en el art.245.2 CP tipifica la ocupación de inmuebles, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, quedando reservada

la intervención penal, para los casos más graves, esto es para los supuestos en que la perturbación lesione el bien jurídico. Si bien, a la hora de fundamentar su castigo, se han defendido como bienes jurídicos la propiedad, el patrimonio, la posesión civil, la posesión natural o material, orden socio-económico, incluso hay quien habla de orden público<sup>46</sup>, según la interpretación que se defienda, se estará restringiendo o ampliando el ámbito de aplicación del tipo penal<sup>47</sup>.

El acto de usurpación prohibido limita las facultades del propietario de usar y disfrutar del inmueble y de excluir a terceros, que conforman el derecho de posesión. La usurpación así definida, como ha señalado Mirapeix Lacasa<sup>48</sup>, es la que se ejerce en concepto de dueño por lo que únicamente serán objeto de protección aquellos inmuebles respecto a los cuales el propietario se halla ejerciendo sus facultades posesorias y en nombre propio, y no en nombre ajeno, como ocurre con los arrendatarios o precaristas. Desde la perspectiva del usurpador sólo serán punibles las ocupaciones de inmuebles en las que el sujeto actuase a como si de su “dueño” se tratase. Para apreciar la concurrencia del tipo, la jurisprudencia tiene establecido que ha de darse una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo de su titular, si bien no se define de manera general qué duración concreta ha de tener tal transcurso del tiempo para poder ser considerado elemento del tipo, ni tampoco se definen las circunstancias necesarias para apreciar dicha vocación de continuidad<sup>49</sup>.

A tenor de lo expresado, se puede inferir que, atendiendo al bien jurídico, para que la perturbación pose-

42 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas determinó en 2019 que España violó el derecho a la vivienda de una familia por no considerar su situación de vulnerabilidad durante un desalojo. En Noticias ONU: “Un Comité de la ONU condena a España por violar el derecho a la vivienda de una familia tras un desalojo forzoso”, <https://news.un.org/es/story/2019/10/1464611> (consultado 18/03/2021) se afirma que: “El fallo del Comité señala que el Estado parte no puede establecer el desalojo inmediato de una persona por carecer de la titularidad legal de una propiedad sin tener en cuenta las circunstancias de la expulsión, y sin que un tribunal valore la proporcionalidad de la medida”.

43 Cfr., Jiménez París (2018, 9), quien mantiene la opinión contraria.

44 Baucells I Lladós, J., (1997, 75-95)

45 Vid., entre otras, SAP de Madrid de 4 de febrero de 2005, SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 de enero de 2009, SAP de Zaragoza de 26 de diciembre de 2007, SAP de Madrid de 27 de enero 2010, SAP Barcelona de 6 de Marzo de 2012.

46 Jiménez París (2017, 10)

47 Para un análisis de las distintas posturas, vid., Mirapeix Lacasa (2015, 16 y ss.)

48 *Ibidem*

49 Como ha puesto de manifiesto Ruiz Blay (2014, 3 y 4), la jurisprudencia no aprecia el requisito de la vocación de permanencia al no constatarse que llevase pernoctando en la vivienda más de 5 días (SAP de Burgos de 15 de julio 2013), tampoco cuando la entrada en la vivienda deshabitada se hace con las llaves legítimas y se permanece en ella durante una semana, entregando las llaves al primer requerimiento de la propietaria y comprometiéndose a abandonar la vivienda al día siguiente de recibir tal requerimiento (SAP de Burgos de 17 de febrero de 2014). Por el contrario, asumiendo que la ocupación durara solo un mes, se estima que existe vocación de permanencia y no se trata de una conducta meramente ocasional (SAP de Zaragoza de 24 de septiembre 2013). Incluso, la SAP de Alicante de 17 de septiembre de 2013, revoca una sentencia absolutoria al considerar que el requisito de permanencia en la ocupación no viene exigido en el CP art.245 alegando que: “La sentencia de instancia recoge de manera correcta los elementos del tipo explicitados por constante jurisprudencia, si bien, asienta su pronunciamiento absolutorio en la supuesta falta de “voluntad de permanencia”, por lo que entiende que solo estaría acreditado una estancia esporádica o circunstancial que no colma los requisitos del tipo, añadiendo, como argumento a mayor abundancia, la doctrina jurisprudencial que significa que las “perturbaciones transitorias” de la posesión en relación con inmuebles abandonados tampoco serían punibles”.

soria pueda ser calificada penalmente como ocupación, sin violencia o intimidación, será necesario que: 1. La ocupación conlleve un riesgo relevante para la posesión del dueño sobre el inmueble afectado, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad de un inmueble, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo. 2. El que realiza 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<sup>50</sup>. 3. No se trate de inmuebles abandonados, respecto a los cuales el propietario no ejerce sus derechos posesorios<sup>51</sup>.

Por su parte, el objeto material del precepto estudiado es “el inmueble, vivienda o edificio ajeno, que no constituya morada”. El término bien inmueble, comprende al edificio, aunque no la vivienda, que puede no ser inmueble<sup>52</sup>, quedando excluidas por ser bienes muebles caravanas, tiendas de campaña o *roulottes*, en cuanto a si el inmueble puede ser urbano o rústico, se podría excluir a éste último del ámbito penal<sup>53</sup>. Parece que con el término edificio se pretende abarcar supuestos de ocupación de almacenes, naves industriales y fábricas<sup>54</sup>. La ajeneidad del inmueble, vivienda o edificio

ocupado, supone que se excluye la cosa propia y la *res nullius* que es susceptible de ocuparse. Atendiendo al fin de protección de la norma y los principios limitadores del *ius puniendi*, no sería relevante penalmente la ocupación de un inmueble en estado de aparente abandono o en estado totalmente ruinoso, y los desocupados durante largo período de tiempo<sup>55</sup>. Los bienes públicos no están excluidos de la consideración de objeto material<sup>56</sup>. Asimismo, el inmueble, la vivienda o el edificio ajeno no puede ser morada, entendiendo por ésta tanto la residencia habitada de forma habitual como las segundas residencias, también denominadas temporales, por lo que la usurpación de un espacio de éstas características no será castigada por el art. 245.2 CP, sino que quedará subsumido en el tipo de allanamiento de morada (art. 202 CP)<sup>57</sup>. Este último delito, protege la intimidad de la persona, pudiendo aplicar la medida cautelar de desalojo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El sujeto pasivo es el titular del interés ofendido por la conducta descrita en el tipo, es decir, el propietario del bien inmueble usurpado<sup>58</sup>. El sujeto pasivo del delito es la persona física o jurídica propietaria en quien además coincide la posesión de hecho y el dominio. El sujeto activo sólo puede ser el no-propietario, puesto que la vivienda, edificio o inmueble deben ser ajenos. No pueden ser sujetos activos del delito las personas

50 Magro Servet, (2017, 4)

51 La SAP Tarragona de 19 mayo de 2015 absuelve al acusado de un delito previsto en el art. 245.2 CP alegando que “el inmueble llevaba varios meses desocupado y sin reunir mínimas condiciones para ser habitado, por lo que la perturbación posesoria clandestina que pueda derivarse de la conducta del acusado carece de las condiciones de antijuridicidad reclamadas por el tipo penal. Mediante la ocupación del inmueble no se lesionó de forma inmediata, directa y grave el derecho a poseer, a seguir poseyendo de forma real y efectiva a como venía haciéndose antes del acto perturbatorio sino el derecho de poseer. Y esta lesión del genérico contenido del derecho de propiedad por actos posesorios clandestinos, carentes de título, no constituye el resultado prohibido que pueda justificar el reproche penal por aplicación del tipo del art. 245.2 CP. Frente a esta conducta perturbadora existen contundentes y eficaces mecanismos de protección civil que la parte perjudicada puede, sin duda, utilizar”.

52 Manzanares Samaniego, (2016, 6).

53 A favor de su inclusión se ha pronunciado Magro Servet, (2017, 6) y recuérdese también que en la STS de 12 de noviembre de 2014 se estimó delictiva la ocupación de una finca rústica militar con finalidad de protesta social durante dieciocho días

54 Así, nos recuerda Solaz Solaz, (2019, 7) el tipo se ha aplicado a casos de ocupación de fábrica de lanas SAP de Salamanca de 30 de julio de 2004), de una discoteca y con independencia del estado en el que se encontraran SSAP de Las Palmas de 30 de junio 2009 y Guipúzcoa de 6 de junio de 2000). También se ha apreciado en algún supuesto de ocupación de plaza de aparcamiento ajena o en caso de explotaciones de parcela sin el consentimiento de su propietaria, caravanas cuando en un terreno se ha instalado una chabola SAP de Asturias de 2 de julio 1998, SAP de Cantabria de 14 de 10 de 2011.

55 Cfr., respecto a las viviendas vacías, Magro Servet, (2017, 5) señala que, como determinó la SAP de Madrid de 3 de junio de 2016, “no se puede deducir una renuncia del titular del inmueble a su posesión y utilización, y en el caso analizado en esta sentencia se entiende que con la simple falta de acreditación de la autorización por parte de la entidad bancaria para que los acusados ocuparan la vivienda cumple con los elementos de la acción típica prevista en art. 245.2 del Código Penal que castiga la ocupación “sin autorización debida” de un inmueble, vivienda o edificio ajenos”

56 Solaz Solaz, (2019, 9)

57 La Proposición del Grupo Parlamentario VOX de Ley orgánica relativa a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para modificar el artículo 245 a fin de agravar las penas a los delitos de usurpación de inmuebles, por ende propone una pena más grave si la ocupación es morada, no diferenciando así, entre allanamiento de morada y ocupación pacífica de inmuebles

58 Cfr., Magro Servet, (2017, 8) que extiende la protección penal a aquellos que tienen título de usufructuario o mero usuario o arrendatario

jurídicas. La excusa absolutoria del artículo 268 CP contempla que estará exenta de responsabilidad criminal la conducta realizada sobre un sujeto pasivo que sea cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, así como los afines en primer grado si viviesen juntos del sujeto activo.

El art. 245.2 CP describe dos conductas que configuran un tipo mixto alternativo, de acción y de mera actividad<sup>59</sup>, cuando “ocupare” o “se mantuviere” la persona en el inmueble, vivienda o edificio. El hecho de que la aplicación de ambas conductas sea alternativa impide que pueda castigarse por ambas. No es preciso que el autor alcance con su acto un provecho económico determinable, salvo que se defienda que el bien jurídico es el patrimonio<sup>60</sup>. La persona que ocupa, sin la autorización debida, en ningún momento tuvo título legítimo que le permitiera tal acto, su conducta es *ab initio* antijurídica, se consuma en el momento en el que los usurpadores se hallaren en el interior del inmueble, careciendo de la debida autorización de su propietario. A sensu contrario, quien se mantiene accedió legítimamente al inmueble, pero llegado un momento determinado manifestada la voluntad contraria del titular, permanece en él, convirtiendo su conducta en antijurídica<sup>61</sup>. En este sentido, será necesario que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble. Esta voluntad contraria a la usurpación deberá ser exteriorizada<sup>62</sup>. De tal manera que, 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 ello, deberá recurrir a presentar una demanda que es la prueba evidente de su lógica oposición a mantener la ocupación, pudiendo acudir también mediante denuncia a esta vía penal. Además, al ser un tipo de naturaleza permanente se describe el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor.

En relación a las dos modalidades típicas, a partir del momento consumativo comenzará a transcurrir el plazo de prescripción del delito (art. 131 CP), al ser un delito leve la prescripción será de un año. En relación a la primera modalidad típica comenzará a partir del momento de la ocupación. 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<sup>63</sup>. Por ende, debe precisarse que la detención deberá excluirse al ser un delito leve y 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.

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 sujeto activo tiene conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, 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<sup>64</sup>. Se puede alegar error en relación a la ausencia de autorización por parte del propietario y a la ajenidad del inmueble. 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.

Con frecuencia, las usurpaciones de inmuebles, es ejecutado conjuntamente por varias personas, por lo que nos encontramos ante un supuesto de coautoría. También es posible la autoría mediata cuando alguien insta al sujeto que entra a ocupar la vivienda, actuando bajo error al desconocer la falta de autorización de propietario. Respecto a las formas de participación, cabe la inducción, en aquellos supuestos en los que un sujeto señala el inmueble desocupado pero no toma parte directa en la ejecución de la ocupación, así como la cooperación necesaria cuando facilitan de forma determinante la ocupación o mantenimiento en el inmueble, pero ellos no pretenden disponer o usar el inmueble<sup>65</sup>.

El delito de usurpación pacífica de inmuebles puede entrar en concurso con el tipo de daños (art. 263 CP), ya sea en relación medial, cuando se rompe puertas o cerraduras para acceder al inmueble, o bien un concur-

59 Cfr., Fernández Aparicio, (2001, 3) considera que la conducta de mantenerse es un delito de omisión pura y Solaz Solaz, (2019, 12) para quien lo importante no es tanto el permanecer como el no marcharse.

60 Vid., en este sentido, Mangas Campos, (2015, 5)

61 Fernández Aparicio, (2001, 3)

62 Cfr. Magro Servet, (2017, 6), para quien la falta de autorización o la voluntad contraria del dueño debe presumirse *iuris tantum* en viviendas o fincas cerradas al igual que en espacios no edificadas cuyo cercamiento revela la voluntad del dueño.

63 Mirapeix Lacasa (2015, 84 y ss.)

64 Magro Servet, (2018, 5)

65 Mirapeix Lacasa (2015, 93)

so real, cuando se ocasionan daños, que no son un medio para la ocupación<sup>66</sup>. También es habitual concurso real con el delito de defraudaciones de fluido eléctrico, y análogas (art. 255 CP).

La levedad de la sanción es sólo aparente (multa de tres a seis meses), puesto que el impago de la misma se convierte en prisión por insolvencia del condenado<sup>67</sup>, los antecedentes penales, las consecuencias negativas y estigmatización, excluye y margina definitivamente a los perpetradores<sup>68</sup>. En cualquier caso a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales en este delito, como se verá en las siguientes páginas, es imprescindible contar con el contexto de precariedad económica o vulnerabilidad social y el no reconocimiento efectivo del Derecho a la vivienda condicionan la justificación de la conducta, así el qué y el cómo de la exigibilidad de la conducta.

### 5. Instrumentos de adaptación de la respuesta penal a las situaciones de ocupación de inmuebles por exclusión social

Los eventuales instrumentos de la teoría del delito que permiten adaptar la respuesta penal a las situaciones de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial cuando cometen un delito de ocupación pacífica de inmuebles no parecen suficientes y la jurisprudencia no se muestra muy proclive a su aplicación, en este trabajo simplemente trataremos de señalar aquellos que justifican la conducta, o bien podrían suponer una exclusión de la responsabilidad o una rebaja de pena.

#### *A. Estado de necesidad: ocupación por necesidad real de vivienda.*

La causa de justificación de estado de necesidad del art. 20.5 CP es la mayormente alegada en los casos de usurpación de inmuebles, pero nuestra jurisprudencia restringe al máximo la apreciación de la misma. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997, 9 y 27 de abril de 1998 y 20 de mayo de 1999, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, establece los requisitos que deben

concurrir para poder estimar el estado de necesidad: a) El mal propio o ajeno que amenaza ha de ser actual, inminente y grave. No es preciso haya comenzado a producirse, bastando 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 en este caso una ocupación de un inmueble para neutralizarlo; b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de evitar aquella situación de peligro y no concurren otros móviles distintos. La jurisprudencia es extremadamente exigente a la hora de determinar el estado de necesidad en estos casos, sobre todo, al valorar que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno, es decir, que el sujeto del hecho se viera abocado en este caso concreto a la ocupación porque hubiese agotado las instancias legales para solicitar y obtener ayuda pública para obtener una vivienda<sup>69</sup>; c) El mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que corresponderá a los Tribunales de Justicia valorado en concreto, efectivamente atendiendo no sólo al valor abstracto de los bienes en la legislación penal, sino igualmente al conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica que se trata de ponderar. Sobre la base de que la falta de hogar pone en peligro la salud física y psíquica de las personas, se trata de un Derecho Humano a la vivienda adecuada consagrado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PI-DESC), las personas sin hogar no sólo merecen su protección en su supervivencia sino también en su personalidad y dignidad<sup>70</sup>, consecuentemente una ponderación favorable en situaciones concretas de necesidad de vivienda acuciante puede acreditar su oportunidad, basada en todas las pruebas que fundamenten de forma contundente las situaciones de penuria económica o indigencia que atraviesa quien realiza la conducta<sup>71</sup>. Parece claro que en la evaluación de los males

66 La propuesta de Vox es crear una agravante específica Si las conductas descritas en este artículo se realizaren con fuerza en las cosas, en el sentido señalado en los artículos 238 y 239 de este Código, las penas se incrementarán en un grado.

67 Sobre el problema de la pena privativa de libertad sustitutiva de la pena de multa y cómo la ejecución de este tipo de penas afecta principalmente a los desfavorecidos socialmente. Neubacher/Bögelein (2020, 60-62)

68 Ríos Martín, (2017, 177)

69 Cfr., Magro Servet, (2017, 12 y 13), para quien además se debería acreditar carecer de ayuda familiar o de cualquier otro tipo o que se encontrase incapacitado para obtener recursos por medio del trabajo

70 Cigüela Sola, (2019, 12)

71 Cfr., alguna jurisprudencia menor, recogida por Solaz Solaz, (2019, 16), que determina que no será un mal justificante la mera estrechez económica más o menos agobiante sin otras circunstancias concomitantes (SSAP de Valladolid 17 de diciembre de 2012 y de Madrid 26 de febrero de 2014), tampoco cuando se tienen hijos menores a su cargo sin agotar todos los medios lícitos alternativos (SSAP de Barcelona de 3 de febrero de 2015 y de Madrid de 14 de mayo de 2015), se tienen hijos enfermos y se carece de ingresos (SAP de

en conflicto ha de partirse de las circunstancias objetivas concurrentes que justifican la conducta del sujeto en el momento de la acción y no de consideraciones relacionadas con los posibles efectos futuros de la resolución judicial; d) El sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; e) Ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Estos requisitos aplicados de una forma rígida y formalista pueden convertir esta causa de justificación del estado de necesidad es discriminatoria para los pobres porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación propietario/ocupante. Con el fin de evitar este extremo la doctrina y la jurisprudencia diferencia entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo, este último es cuando, como señala Mirapeix Lacasa, “el agente, que actúa en estado de necesidad, lesiona intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro”<sup>72</sup>. 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. Precisamente, ciertas situaciones de necesidad son imputables al Estado, de manera tal que 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 son idóneas para solucionar la situación de necesidad actual, debido por ejemplo a las dilaciones del procedimiento. Otro caso en el que cabría valorar la aplicación del estado de necesidad defensivo sería en relación a la ocupación 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<sup>73</sup>. 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<sup>74</sup>.

En cualquier caso, destacar que estamos hablando de una situación en la que no se considera ilícita o contraria a Derecho. Por ende, admitir que la ocupación de un inmueble es justificada, implica excluir la admisión de una posible legítima defensa por parte del propietario del inmueble respecto de esta ocupación y no procede la restitución del bien, por lo que no cabría el desalojo del bien inmueble ocupado, por último, tampoco se puede exigir al usurpador una responsabilidad civil derivada de posibles perjuicios causados por la usurpación. Por otra parte, en cuanto al 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.

En suma, lo que aquí se propone no significa que debamos prescindir de los requisitos legales del estado de necesidad, ni que se deban suavizar esas exigencias sino tomar en consideración los casos de extrema pobreza y durante el periodo temporal en que se presenta la situación de necesidad y que sólo la apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo puede suponer una valoración más laxa de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la eximente estudiada, por lo que su aplicación tampoco sería tan amplia. Ciertamente, no se trata de que cualquier alegación de penuria o vulnerabilidad pueda dar lugar a la eximente de estado de necesidad, siempre será preciso probar con datos concluyentes que en la situación concreta existían unos condicionantes específicos generadores de un peligro real y objetivo para unos bienes jurídicos igualmente concretos y constatables, de modo tal que el reconocimiento de un estado de necesidad será en todo caso excepcional. Así, podemos concluir que no hay peligro a un supuesto “efecto llamada”<sup>75</sup> que únicamente tendría sentido si se implantara una línea judicial orientada de forma general a declarar la no restitución del inmueble protagonizada por una persona pobre que viva en condiciones más o menos marginales.

### *B. La ocupación ideológica*

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” dado que principalmente responde a un acto de presión pacífico, abierto y público, basado en el deber moral de desobediencia a leyes injustas que permiten la especulación y la vulneración de deberes sociales como lo es el Derecho a una vivienda

Valencia de 1 de diciembre de 2010, condiciones socialmente adversas (SSAP de 20 de Febrero de 2014 y de Barcelona de 4 junio de 2015) y la mera situación de paro laboral (SSAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de julio de 2014 y de Madrid de 15 de enero de 2015).

72 Mirapeix Lacasa, (2018, 36)

73 *Ibidem*, 37

74 Mirapeix Lacasa, (2018, 29)

75 Cigüela Sola, (2018, 318)

digna<sup>76</sup>. En estos supuestos, la usurpación del que ocupa es para reivindicar el Derecho de todo individuo a tener una vivienda digna, lo que buscan es un cambio legislativo enfocado a la mejora de derechos sociales de los ciudadanos; por lo tanto la desobediencia civil adquiere sentido en defensa del Derecho a la vivienda como Derecho Humano en base al artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas vinculado a la dignidad y al Derecho a la vida es indisoluble de los valores fundamentales de los Derechos Humanos, como la dignidad, la igualdad, la inclusión, el bienestar, la seguridad de la persona y la participación pública. 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 a través del error de prohibición porque una creencia jurídica diferente o discrepante, tiene cabida en una creencia errónea de que se está actuando lícitamente. Sin embargo, 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, en cuyo caso únicamente cabría plantear el error en relación a los límites de la causa de justificación de actuar en el ejercicio de la libertad ideológica<sup>77</sup>. No obstante, de *lege ferenda* hay quien propone 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 abyectos<sup>78</sup>.

### C. Actuar en el ejercicio del Derecho a una vivienda digna (art. 20.7 CP).

El Derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada se figura en el artículo 47 CE como derecho social, aunque se discute sobre si goza del estatus de derecho subjetivo, y en consecuencia, si realmente establece una facultad individual de exigir tutela jurídica. Desde este último planteamiento, incidir en que todos ciudadanos españoles, que carezcan de medios suficientes, tendrían la facultad de acceder a una vivienda digna o de conservarla y los poderes públicos deberán hacer efectivos estos extremos. De esto se deriva que este Derecho no deba condicionarse al hecho de que

los organismos públicos prevean los correspondientes mecanismos de acceso a la vivienda. Se entiende que las “obligaciones de los Estados” incluyen todos los aspectos de la relación de estos con las empresas, las instituciones financieras, los inversores y otros agentes privados que desempeñan funciones importantes en la realización del Derecho a la vivienda. En este sentido, no puede negarse su ejercicio cuando éstos incumplan con sus obligaciones<sup>79</sup>.

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, en otras palabras, de aquéllos que no padecen una necesidad real de vivienda. En el ámbito de la antijuridicidad es posible apreciar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, deberá valorarse a través de un juicio de proporcionalidad, basado en el principio del interés preponderante. En virtud de ello, hay quien defiende que supone la exclusión de la causa de justificación 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 segundo se ha considerado preponderante frente al primero. Esta solución puede justificarse desde una perspectiva político-criminal<sup>80</sup>, en la medida en que la eximente tiene la condición de causa de justificación y que su apreciación implica la adecuación de la conducta con la totalidad del ordenamiento. Por el contrario, cabría la apreciación de la eximente en ciertos supuestos de usurpación de inmuebles de titularidad pública, cuando se trate de personas sin recursos suficientes para poder acceder o conservar una vivienda y se constata que las vías legales previstas a tales efectos están condenadas al fracaso en el caso concreto<sup>81</sup>.

### D. Exclusión de la responsabilidad por la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma

La naturaleza jurídica de las situaciones de exclusión por cuestiones socioeconómicas puede motivar que la ocupación de un inmueble se conecte con la idea de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como criterio fundamentador de una posible exclusión de pena. Sobre la base de que la carga de la justificación del castigo recae del lado de quien afirma su legitimidad, resulta fundamental la ave-

76 En este sentido, se ha pronunciado Herranz Castillo, (2000, 1-5)

77 Mirapeix Lacasa, (2018, 34)

78 Mirapeix Lacasa, (2015, 306)

79 Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada (A/HRC/43/43) al Consejo. En línea, <http://www.undocs.org/es/a/HRC/43/43> (consulta 16/03/2021)

80 Jiménez Paris, (2018-2, 251)

81 Vid., más ampliamente, Mirapeix Lacasa, (2018, 9)

riguación acerca de los condicionantes en que tiene lugar el comportamiento humano que consideramos responsable penalmente. El Estado no está legitimado de modo general para exigir responsabilidad, sino que debe legitimarse en cada caso respecto de cada individuo en concreto. En esta legitimación para exigir responsabilidad penal ha de entrar a considerar la forma en que se han distribuido los bienes sociales y la responsabilidad que pueda llegar a tener en una distribución desigual de éstos respecto del individuo en concreto. Por eso, para Hormazabal Malarée<sup>82</sup> “la responsabilidad es igual a exigibilidad, entendiendo por tal exigibilidad la capacidad del Estado para exigir responsabilidad al individuo, lo que significa que tiene que legitimarse en cada caso considerando la responsabilidad que pueda exigir a ese individuo cuando ha sido objeto de discriminación. Luego, el problema no es si el Estado debe exigir responsabilidad al autor del injusto, sino si puede exigir dicha responsabilidad a la persona concreta” de modo tal que se trata de dilucidar si cuando una persona en una situación concreta de exclusión social por cuestiones socioeconómicas y/o culturales, el sistema está en condiciones de exigir al sujeto una respuesta determinada.

Podemos constatar que la responsabilidad y la imputación no se basan en conocimientos humano-biológicos sino en razones sociales. Desde una perspectiva político-social, se estima que la persona real es aquella en una sociedad concreta que genera desigualdades y en la que el Estado ha de asumir la tarea de nivelarlas. En suma, se trata de la no exigibilidad de comportamiento conforme a la norma, en una situación concreta de desigualdad social del individuo porque se les niega desde el Estado las oportunidades de acceso a los bienes sociales, como es una vivienda, tener carencia de los mismos cuando realiza el comportamiento antijurídico. Esto supone tomar en cuenta las circunstancias —endógenas o exógenas— concurrentes en el sujeto (incluidas las desigualdad, por ejemplo, un inmigrante irregular, un refugiado...) y determinantes, sin cesuras, de la legitimidad racional (democrática) de la intervención penal<sup>83</sup>.

La responsabilidad así entendida, para que sea compatible con la seguridad jurídica y las necesidades preventivas, obliga a considerar todas las circunstan-

cias vitales injustas socialmente del autor a efecto de establecer su responsabilidad penal, la medida de ésta dependerá de su acervo de bienes culturales, sociales y económicos, en definitiva, de los bienes en cuya distribución tiene responsabilidad el Estado entre ellos la vivienda. Esta situación injustamente producida o tolerada por el Estado es lo que motiva la ocupación ilícita del inmueble del sujeto, convirtiendo además el castigo por el delito de ocupación ilícita de inmuebles de personas en una situación socio-económica excepcional en injusto, irracional y contradictorio<sup>84</sup>.

La noción de corresponsabilidad estatal en el delito podría debería tenerse en cuenta también a la hora de valorar la hipótesis de estado de necesidad disculpante, pudiéndose dar situaciones en que la persona que se encuentra en situaciones sociales de extrema desigualdad y pobreza actúe por miedo insuperable (art. 20.6 CP). Sin embargo, éste último raramente se ha estimado por nuestra jurisprudencia en el delito de ocupación pacífica de inmuebles cuando no cumplen con los requisitos que recoge el art. 20.5 CP al situar en el otro extremo de la ponderación la “posesión”, elevada a categoría de bien jurídico inexpugnable<sup>85</sup>.

Desde otra perspectiva, Silva Sánchez<sup>86</sup>, también la legitimidad del Estado para castigar los delitos cometidos por indigentes, pues pone de manifiesto el incumplimiento de las obligaciones de protección del mismo y acepta la eximente de pobreza de forma limitada, en delitos contra el patrimonio y supraindividuales, cuando se trata quebrantamiento de obligaciones políticas adquiridas. Además, defiende que la situación de indigencia puede afectar a la motivación pretendida por las normas, por ello debería tomarse en consideración la desigualdad social para atenuar la pena en la medida que suponga “una presión motivacional en favor de delito superior a la media”. Justamente, aunque un sujeto sea culpable, el Estado con déficit institucionales relevantes no podría exigir un comportamiento adecuado a la norma, en cambio, cuando el Estado realiza un cierto esfuerzo, como puede ser una política de vivienda insuficiente, habría una disminución de legitimidad, una corresponsabilidad, en consecuencia a una atenuación de la pena, que pasamos a abordar a continuación.

82 Hormazabal Malarée, (2011, 169 y ss.)

83 Fuziger (2020, 321 y ss.), aunque hay quien en el mismo sentido se refiere a la coculpabilidad Bentes, (2020, 209 y ss.)

84 Cigüela Sola, (2019, 332)

85 En este sentido, se ha pronunciado, Solaz Solaz, (2019, 17), en el caso de que una pareja con hijos 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 una vivienda por no reunir los requisitos legalmente establecidos por ausencia de una amenaza real, seria e inminente de un verdadero mal, ya que esos temores a vivir en la calle no son suficientes, en su opinión, para el miedo insuperable, siempre que los acusados podían haber actuado de otra manera

86 Silva Sánchez (2018, p. 91)

### *E. Individualización de la pena, excusa absolutoria o indulto*

En el supuesto de que no se pudiera apreciar la “eximente de pobreza” fundada en la idea de inexigibilidad, cabe la incardinación como atenuante analógica (art. 21.7 CP) hasta que de *lege ferenda* se apruebe una atenuante de la pena específica para los sujetos que cometen un delito motivado por situaciones de exclusión económica, social o cultural, que padecen, como puede ser la ocupación pacífica de inmuebles, al no existir un reconocimiento a una vivienda digna por parte del Estado. Esta atenuante se fundamenta también en una disminución del juicio de reproche debido a una corresponsabilidad del Estado, que por su omisión condicionó la autodeterminación de la persona a la realización de la conducta antijurídica, en otras palabras las escasas políticas adecuadas públicas han favorecido la realización de esa conducta delictiva, ya que la inexistencia de las mismas o la imposibilidad del sujeto de acceder a ellas, a nuestro entender, sería un supuesto de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma. A la hora de individualizar la pena, se trata de un “actor situado” en un escenario de condicionantes, que podrían implicar la exigibilidad atenuada o parcial del comportamiento conforme a la norma. Con ello, se pretende una disminución del escenario de selectividad penal contra las clases subalternas, así como una aplicación que se adapta mejor al principio de proporcionalidad y una perspectiva del Derecho penal mínimo<sup>87</sup>.

Actualmente, también cabe la posibilidad de atender a la exclusión social en la individualización de la pena a través de “las circunstancias personales del delincuente” (art. 66.1.6 CP), aunque la eficacia de este recurso es sumamente limitada puesto que solo opera cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes y el margen de juego se restringe a la extensión de la pena<sup>88</sup>.

Se destaca también la propuesta de Ríos Martín de una excusa absolutoria para los casos en que el perjudicado no sea un particular, sino una entidad financiera, bancaria o análoga, y la persona actúe impulsado por una situación de precariedad económica propia, o tenga a menores o personas vulnerables a su cargo, produciéndose el abandono del inmueble desde la comunicación de la incoación del proceso y con antelación al

juicio oral se excluya la responsabilidad penal<sup>89</sup>. Esta propuesta excluye la imposición de la pena por razones de conveniencia u oportunidad política criminal dada la escasa gravedad e injusto material del comportamiento y siempre que el juez constate la situación de penuria y vulnerabilidad del sujeto. Se argumenta a favor de esta excusa absolutoria el comportamiento positivo *post delictivo* de la persona que ha abandonado la vivienda, habiendo recuperado el denunciante la posesión de la misma<sup>90</sup>. El comportamiento positivo permite la satisfacción de los derechos de los denunciantes, ahorra los elevados costes económicos y humanos de la sanción penal y el trauma del desahucio forzoso, aunque en realidad lo que se está cuestionando es la necesidad de pena en estos supuestos.

El último recurso siempre será la solicitud de indulto (art. 4.3 CP) por motivos en este caso de justicia social.

### 6. Sinhogarismo y la política criminal

La discriminación, la exclusión social y la desigualdad son las principales causas de las violaciones del Derecho a la vivienda, generando situaciones de extrema necesidad. Las políticas estatales de vivienda han intensificado las desigualdades sociales, económicas, políticas y territoriales. Los refugiados, los solicitantes de asilo, los migrantes, los apátridas, las personas con discapacidad, los niños y los jóvenes, las mujeres sobre todo monomarentales, las personas de edad y los miembros de minorías raciales, étnicas y religiosas constituyen la mayoría de las personas que no tienen hogar o viven en viviendas inadecuadas. En la actualidad también personas y familias en sobrevenida situación de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial, como consecuencia de la COVID-19. Desde nuestro planteamiento no deben confundirse estas situaciones con aquellos otros supuestos en que se da una ocupación ilegal premeditada con finalidad lucrativa aprovechando la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, quizás esta conducta es la que debería tipificarse expresamente en el CP, aunque la mayoría de supuestos pueden ser constitutivos de un delito de estafa, teniendo al ocupante como víctima.

Se constatado como las personas sin hogar son el paradigma de exclusión social, su dificultad para integrarse y participar en la vida normalizada que se

87 Fuziger (2020, 321 y ss.)

88 Cigüela Sola, (2019, 343)

89 Ríos Martín, (2017, 178 y 179) Por el contrario, Magro Servet, (2017, 14) cuando el abandono se produce después de la denuncia ante la presencia policial se ha manifestado en contra de aplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP al entender que se trata de una entrega de la posesión obligada que no tiene la entidad ni de atenuante de arrepentimiento, ni de reparación del daño (SAP de Barcelona de 26 de febrero de 2015).

90 Tal y como sucede en la convalidación del matrimonio inválido (art. 218.2 CP), en la regularización de la situación tributaria (305.4 CP) o la situación ante la Seguridad Social (art. 307.3 CP), el reintegro de las cantidades percibidas en el fraude de subvenciones (art. 308.5CP) o en la evitación de la propagación del incendio (art. 35.4.2 CP).

desarrolla a su alrededor es producto de los obstáculos para hacer efectivos determinados derechos<sup>91</sup>, en concreto la falta de reconocimiento del Derecho a una vivienda digna, los coloca en una situación de gran vulnerabilidad. Esto ha motivado una persistente reivindicación social que pide la despenalización de la ocupación pacífica de inmuebles porque supone usar el Derecho penal para perseguir y castigar actividades mínimamente lesivas —el objeto del delito son viviendas desocupadas o en desuso— y guiadas por necesidades de supervivencia. Por otra parte, no podemos obviar que la protección extrapenal de la posesión de bienes inmuebles es suficiente.

Aquí, no se cuestiona los derechos del propietario sobre el bien ocupado, pero político-criminalmente no se estima adecuada la respuesta penal cuando se criminaliza a personas que están padeciendo los efectos de la crisis y situaciones de vulnerabilidad especiales. Se trata de una clara manifestación de criminalización de la pobreza por el Derecho penal, que profundiza en la exclusión social de estas personas, convirtiéndose en una penalidad injusta, selectiva e insensible a las necesidades sociales. Mientras esta derogación no se produzca, la doctrina aunque ha tratado la cuestión de a través de qué estructuras dogmáticas se puede explicar la renuncia o la atenuación de la pena en atención a la inexigibilidad por situaciones de exclusión social extrema, la jurisprudencia no ha aplicado suficientemente en el delitos de ocupación pacífica de inmuebles el estado de necesidad que conlleva la justificación de la conducta o la exclusión/atenuación de la pena.

En cualquier caso, el juicio sobre la relevancia penal de situaciones de exclusión socioeconómica deberá contar con instrumentos aplicativos basados no sólo en la gravedad y características de la exclusión, sino también debe tenerse en cuenta que no sólo es un comportamiento escasamente lesivo al tratarse de la posesión de un inmueble abandonado o en desuso, sino también la legitimidad del Estado para exigir un comportamiento conforme a la norma, es decir, su corresponsabilidad en estas situaciones al ser garante del disfrute de Derechos Humanos, entre ellos el Derecho a la vivienda, en su territorio. En un Estado social y Democrático de Derecho es obligación a través de las políticas públicas promover la igualdad y el acceso a bienes esenciales, como la vivienda, así el grado de incumplimiento de este deber puede condicionar la exigibilidad del cumplimiento de la norma.

Este planteamiento pretende romper con una aplicación puramente formalista y descontextualizada de las normas penales, como de hecho ha sucedido tradicionalmente, que permita una reconsideración de los

requisitos legales del estado de necesidad justificante y exculpante, así como la inexigibilidad de una conducta ajustada a la norma, teniendo en cuenta que el Derecho penal se dirige a personas situadas en un escenario o contexto de vulnerabilidad económica condicionante por la omisión e incumplimiento estatal en la tutela del Derecho Humano a la vivienda y los deberes que implica el Estado social.

### Bibliografía

- BAUCELLS I LLADOS, J., 1997, “La ocupación pacífica de viviendas deshabitadas y el nuevo Código Penal a la luz del principio de intervención mínima”, en *Revista Jurídica de Catalunya* 3/1997.
- BENTES, M., 2020, “La aplicación del principio de coculpabilidad como instrumento de una política criminal inclusiva” en *Sistema Penal Crítico*, N° 1.
- BERSTER, L., 2021, “Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience Potential Grounding in the Doctrine o “functionalism”, en *Revista Penal*, n° 47.
- CIGÜELA SOLA, J., 2019, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo blanc.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., 2001, “Comentario al artículo 245 párrafo 2º”, en *La Ley* 21780/2001.
- FUZIGER, R., 2020, *Del Libre albedrío a la autodeterminación: Hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*, Ratio Legis.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020, *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*, Ratio Legis.
- HERRANZ CASTILLO, R., 2000, “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 435.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., 2011, “Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez”, en *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, coord. Hernán Hormazábal Malarée.
- INSTITUT CERDÁ, 2017, *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica...un problema que necesita solución*, <https://www.icerda.org/es/producto/la-ocupacion-ilegal-realidad-social-urbana-y-economica-un-problema-que-necesita-solucion-pdf/>
- JACINTO URANGA, M., 2020, “El derecho a la vivienda ante la crisis del COVID-19” en *Guías sec-*

91 Determinadas filosofías como el comunitarismo justifican la exclusión de los más desfavorecidos en el disfrute de los derechos como ser humano digno, vid., Pena González, (2021, 251 y ss.)

- toriales COVID 19, Sección de Derechos humanos, Ilustre Colegio de Madrid.  
<https://intersindical.org/docs/guiaSectorialesDerechosHumanosCabogadosMadrid.pdf>
- JIMÉNEZ PARÍS, J.M., 2018, “Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas” en *La Ley* 8448/2018.
- JIMÉNEZ PARIS, J.M., 2018-2, *La ocupación de bienes inmuebles en el Código Penal español*, Reus.
- MAGRO SERVET, V., 2019, “Análisis de los títulos de oposición de los “okupas” ante demandas por la vía del art. 441.1 bis. 2º LEC”, en *La Ley* 6821/2019
- MAGRO SERVET, V., 2018, “La inminente reforma civil y penal en materia de “okupación” de inmuebles”, en *La Ley*, 3849/2018.
- MAGRO SERVET, V., 2017, “El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245.2 CP: ¿Vía penal o vía civil?” en *La Ley* 6929/2017
- MANGAS CAMPOS, A., 2015, “La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo Judicial”, en *La Ley*, 7856/2015
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., 2016, “De la usurpación”, en *La Ley* 3215/2016.
- NAVARRO CARDOSO, F., 2021, “Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica”, en *Revista Penal*, nº 47
- NEUBACHER/BÖGELEIN, 2020, “¿Criminalidad de los pobres-criminalidad de la pobreza? Análisis de dos conceptos recalitrantes”, en *Sistema Penal Crítico*, Nº 1.
- MIRAPEIX LACASA, N., 2018, “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-22, <http://criminnet.ugr.es/recpe>
- MIRAPEIX LACASA, N., 2015, *La ocupación pacífica de inmuebles*, TESIS DOCTORAL UPF/2015, <http://hdl.handle.net/10803/385917>.
- OLASOLO ALONSO/HERNÁNDEZ CORTÉS, 2021, “El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle”, en *Revista Penal*, nº 47
- PENA GONZÁLEZ, 2021, “El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia”, en *Revista Penal*, nº 47
- RÍOS MARTÍN, J. C., 2017, *Cuestiones de política criminal: funciones y miserias del sistema penal*, Comares.
- RUIZ BLAY, G., 2014, “La ineficacia práctica del artículo 245 del Código Penal para obtener el desalojo de un inmueble usurpado”, en *La Ley* 8256/2014.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., 2018, “El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas”, en *La Ley* 8922/2018.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, *Malum passionis, Mitigar el Dolor del Derecho penal*, Atelier.
- SOLAZ SOLAZ, E., 2019, “La usurpación pacífica de inmuebles y sus consecuencias” en *La Ley* 14966/2019
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., 2020, *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch Editor.