

III. Estudio jurídico del delito de ocupación de viviendas: aportaciones de la justicia restaurativa y argumentos de defensa cuando el perjudicado es una entidad bancaria

JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN
(Profesor Universidad Comillas. ICADE)

1. Situación objeto de análisis¹

Las entidades bancarias propietarias de viviendas ocupadas acuden de forma generalizada a la jurisdicción penal, sobre todo tras la reforma del enjuiciamiento del delito de usurpación que ha generado la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal². Han encontrado un recurso jurídico más eficaz para “desahuciar” a las personas que se introducen y habitan sin título en las viviendas

1 Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+I con el título “Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión). pid2019-105778rb-i00. Departamento Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

2 En lo que al delito del artículo 245.2 CP se refiere, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no afecta al tipo del mismo, ni a la pena cuya realización conlleva. La reforma tiene repercusión en el enjuiciamiento del mismo, puesto que el tipo del artículo 245.2 CP pasa a considerarse delito leve. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entró en vigor el día 1 de julio de 2015. Antes de la entrada en vigor de esta ley, el enjuiciamiento del delito de usurpación se seguía por el procedimiento abreviado, regulado en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos de 757 a 794 y concordantes de la LECrim. Tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal el 1 de julio de 2015 el enjuiciamiento de la usurpación se regula en el Libro VI de la LECrim, a través del procedimiento del juicio sobre delitos leves, del artículo 962 a 976 LECrim.

que integran su cartera inmobiliaria. Con esta práctica eluden la vía ordinaria prevista para ello, la vía civil, a través del ejercicio de las acciones posesorias o reivindicatorias clásicas, esencialmente, el procedimiento de desahucio o el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria ante la situación de "incertidumbre" (se llega a hablar de "inseguridad jurídica") provocada por la moratoria propiciada por la Ley de segunda oportunidad y la situación de "impasse" a la espera de una respuesta eficaz y presumiblemente contraria a los intereses de estas entidades, por parte de la Unión Europea³. Estos procesos civiles vienen a durar aproximadamente entre seis y doce meses.

La 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 venido a agilizar el procedimiento civil para la recuperación de la posesión de las viviendas ilegítimamente ocupadas. A destacar en su Preámbulo lo siguiente:

"(...) Es por todo ello que conviene articular los mecanismos legales ágiles en la vía civil que permitan la defensa de los derechos de titulares legítimos que se ven privados ilegalmente y sin su consentimiento de la posesión de su vivienda, cuando se trata de personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

Si bien la legislación vigente permite acudir a la vía penal, articulada con frecuencia al amparo de los artículos 245.2 y concordantes del Código Penal como delito de usurpación, esta forma de tutela jurídica responde a una respuesta propia del Derecho penal, es decir, de «ultima ratio», por lo que no comporta ni puede comportar una solución general que trascienda o sustituya los mecanismos civiles para la tutela de los derechos posesorios".

Además, el propio Preámbulo se hace eco de la siguiente realidad: «Como consecuencia de la compleja y dura realidad socioeconómica, se ha producido en los últimos años un considerable número de desahucios de personas y familias en sobrevenida situación de vulnerabilidad económica y de exclusión

Lo que supone a efectos prácticos el enjuiciamiento del tipo como delito leve es una reducción muy notable en los plazos desde la interposición de la denuncia hasta la firmeza de la sentencia.

3 Artículo 245.2 CP: "El que ocupe, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses". Si la pena de multa no se paga, se transforma en una pena de prisión que puede oscilar entre 45 y 90 días, de acuerdo con lo previsto en el art. 53.1 CP, que establece que, tratándose de delitos leves, la responsabilidad subsidiaria podrá cumplirse mediante localización permanente, posibilidad cuyo uso no parece muy viable habida cuenta de la carencia de vivienda de estas personas. El segundo párrafo del art. 53.2 CP prevé que la responsabilidad subsidiaria pueda cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

residencial. [...] De forma casi simultánea, y en la mayor parte de los casos sin que exista relación alguna con situaciones de extrema necesidad, han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprochable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos, y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo».

Desde la reforma penal, al convertirse el delito de usurpación en leve, su tramitación se ha reducido a una duración aproximada que oscila entre dos y tres meses. Así, de forma fraudulenta, como luego describiremos, en algunas ciudades se tramitan como juicios rápidos inmediatos (hay que distinguir entre juicios por delito leve rápidos inmediatos –señala la policía directamente y su aplicación no es posible en el delito leve de usurpación–, y juicios por delito leve rápidos ordinarios –se mandan al juzgado de guardia con todo instruido para que el juzgado señale en la guardia o en el plazo de una semana, salvo que no concurran los presupuestos; en estos si caben, en principio, todos los delitos leves–). Asimismo, en algunos juzgados, el "lanzamiento" de quienes ocupan la vivienda se ejecuta de forma inmediata como medida cautelar, antes del juicio⁴.

4 La Memoria de la FGE de 2014, es decir, anterior a la reforma, en su epígrafe relativo a la distribución de las calificaciones en los distintos procedimientos, cuando se refiere al delito de usurpación (epígrafe 1.3.5.4), comienza declarando que estos delitos son "de comisión relativamente poco frecuente", si bien "la situación de dificultades económicas que se viene atravesando, así como su evolución" se hizo notar durante 2014 y queda reflejada en los más que notables incrementos respecto del año 2013, que se sitúa en el 92% en las incoaciones y en el 131% en las calificaciones, frente a años anteriores cuando la evolución de estos delitos venía marcada por la nota de "estabilidad". Finaliza la Memoria en su referencia a estos tipos con la siguiente apostilla: "Se ha de seguir poniendo de manifiesto que muchas conductas se dirigen contra los numerosos pisos que permanecen sin ocupar y que se han ido acumulando por algunas entidades financieras, ya sea por quiebra de la promotora que financiaban, o por ejecuciones hipotecarias sin detectarse que respondan a actuaciones grupales u organizadas, sino que se trata de familias que desalojan la vivienda por propia iniciativa tan pronto como se realiza el requerimiento judicial".

Los datos recabados del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) relativos al año 2015 son generales, al no estar desagregados por tipos delictivos. De ellos resulta que, a nivel nacional, durante el primer y segundo trimestre de 2015 (antes de la entrada en vigor de la reforma de la LO 1/2015), el número de juicios de faltas incoados ascendió a 530.763, de los que 45.864, es

Al respecto se ha pronunciado la 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, en términos que más adelante se detallan.

El Derecho Penal se está utilizando, por consiguiente, como mecanismo jurídico de recuperación de la posesión⁵. En buenos principios, muchas de las conductas previstas en el artículo 245.2 CP no tienen entidad suficiente para ser constitutivas de delito. De acuerdo con los principios de subsidiariedad y de intervención mínima que informan el Derecho Penal debido a la dureza de sus sanciones, no queda justificada su intervención cuando existen otros medios y procedimientos para proteger los bienes jurídicos más importantes para una convivencia pacífica en la sociedad⁶. En este sentido, con relación a la protección de la propiedad de los bienes inmuebles que no constituyen morada, ya existen en el Derecho civil medios igualmente eficaces y menos violentos, como son los interdictos civiles y las leyes de arrendamientos, para defender los derechos legítimos de los propietarios.

Si bien en el delito previsto en el art. 245.2 CP la denuncia del agraviado no es un requisito para el inicio del proceso, en la gran mayoría de los casos es la denuncia de las entidades bancarias la que pone en marcha la actuación de la administración de justicia.

decir, alrededor del 8,5%, fueron tramitados como faltas inmediatas. En el tercer y cuarto trimestre de 2015, ya con la reforma en vigor, se iniciaron 299.985 juicios por delitos leves, de los que 38.683, un 12,5%, se tramitaron como delitos leves inmediatos.

Es decir, durante los 6 primeros meses de vigencia del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, según datos del CGPJ, la diferencia - en descenso - entre el número de estos juicios respecto del número de juicios de faltas registrados en el trimestre anterior, es muy acusado, asciende a más del 56%, mientras que el porcentaje de juicios inmediatos practicados en los juicios por delitos leves ha aumentado en más de 4 puntos.

No obstante, dada la ausencia de referentes previos y la cercanía temporal de la entrada en vigor de la reforma y la obtención de los datos estadísticos, parece prematuro y poco prudente extraer conclusiones, siquiera provisionales acerca del impacto de la reforma en la tramitación de los delitos leves, en general. Y respecto del delito leve de usurpación del art. 252.2 CP, tal objetivo, desde las fuentes estadísticas consultadas, resulta todavía imposible.

5 Una buena parte de las defensas jurídicas de las entidades bancarias, cuando recuperan la posesión, desisten de mantener la acusación.

6 Por este motivo, durante la VI Legislatura se presentaron dos iniciativas parlamentarias para despenalizarlo, pero no fueron aprobadas. Destaca que la Proposición 122/000133 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (presentada el día 4 de febrero de 1998) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 152-1, 13 de febrero de 1998. La Proposición 122/000135 del Grupo Mixto (presentada al día siguiente) está publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 154-1, 13 de febrero de 1998. Ambas fueron rechazadas el día 29 de septiembre de 1998.

La decisión de las entidades bancarias o financieras de acudir a los procesos penales para recuperar la posesión de sus viviendas obvia la situación de precariedad social en que se encuentran quienes las habitan. La gran mayoría de estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad innegable y de exclusión social. No tienen vivienda, se pone en peligro su salud física y psíquica y, en muchos casos, las de los menores que tienen a su cargo. Una paradoja a señalar es que pasan de ser víctimas sociales por su situación, a infractores en el procedimiento penal. Sin negar el derecho de propiedad que ostentan las entidades bancarias sobre las viviendas ocupadas, la realidad que se ha creado como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias y de los desahucios no hace más que agrandar la brecha entre los propietarios de las viviendas, entidades bancarias cuya posesión no necesitan, y quienes las ocupan, personas sin acceso a recursos habitacionales.

El uso del Derecho Penal como instrumento de protección del derecho posesorio supone una nueva vuelta de tuerca en el proceso de exclusión social de estas personas y de sus hijos e hijas. Aunque la pena con la que se castiga la usurpación no es excesivamente grave - multa de tres a seis meses - y la cuota diaria haya de adecuarse a la capacidad económica del sujeto, no debe olvidarse el orden de prelación que para el pago de la multa establece el art. 126 CP, así como la posibilidad de que el impago pueda derivar en una pena privativa de libertad según el artículo 53.1 CP. A ello se suman los antecedentes penales que reducen las posibilidades de obtener un trabajo y salir de las situaciones de exclusión. Los antecedentes tienen especial impacto en el caso de tratarse de personas extranjeras, puesto que si se encuentra en situación administrativa irregular los antecedentes penales hacen prácticamente imposible la regularización de la misma. Si se es titular de permiso de residencia y trabajo, los antecedentes penales dificultarán enormemente su renovación. En definitiva, las situaciones que analiza el presente trabajo representan un sangrante ejemplo de la criminalización de la pobreza y la exclusión social. Con todo ello, se ignora el contenido del artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que establece: "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad".

2. Justicia restaurativa y Mediación Penal en estos procesos

En 2014 comenzamos a trabajar con instrumentos de Justicia restaurativa, a través de la mediación penal, en procedimientos penales por delitos de ocupación de viviendas, cuando el propietario, perjudicado y denunciante era una entidad bancaria o financiera.

Fueron estos delitos, los que nos comenzaron a derivar algunos Juzgados de Madrid, al Servicio de mediación penal. Eran los más frecuentes.

La Recomendación CM/Rec (2018) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros de la Unión Europea en materia de justicia restaurativa penal establece que la justicia restaurativa es un método mediante el cual se pueden identificar y satisfacer las necesidades e intereses de las personas implicadas en una agresión de manera equilibrada, justa y en un clima de colaboración.

Por un lado, busca el interés legítimo de las víctimas por hacerse oír con más fuerza en relación con la respuesta a su victimización, por comunicarse con el ofensor y por conseguir la reparación y satisfacción en el contexto del proceso de justicia. Por otro, apuesta por la importancia de suscitar el sentido de la responsabilidad entre los ofensores y brindarles oportunidades de reparar el daño causado, que podría favorecer su reinserción, permitir el desagravio y fomentar el desistimiento de cometer nuevas conductas dañinas.

Desde este punto de vista, la mediación, como instrumento de Justicia Restaurativa, puede permitir la posibilidad de obtener los objetivos señalados en la normativa europea. Así, el responsable familiar de la casa ocupada, por un lado, y el representante legal de la entidad financiera propietaria de la vivienda, por otro, pueden entablar un diálogo que permita satisfacer los intereses de uno y otro.

Junto a otra compañera mediadora, comenzamos el trabajo. Teníamos la primera entrevista con la persona denunciada. Nos encontramos, en todos los procesos que llevábamos, con personas en situación de exclusión social. Eran ciudadanos inmigrantes, con situaciones familiares muy complicadas: convivían en el mismo espacio varias personas, con menores o mayores a su atención y cuidado, y sin ingresos económicos. Los escuchábamos y les pedíamos que nos aportasen todos los documentos que pudieran acreditar la situación de precariedad. El objetivo era poder conseguir un acuerdo con la entidad bancaria o financiera que contemplase un alquiler social; esto es, que el precio fuese simbólico y adaptado a la situación económica familiar.

Por otro lado, el Juzgado de Instrucción citaba a la parte denunciante: la entidad bancaria propietaria de la vivienda. Aparecía el abogado que la repre-

sentaba. Le trasladábamos la situación de los denunciados, su situación de precariedad y exclusión social. Le planteábamos la posibilidad de un encuentro con ellos para conocer de primera mano a estas personas y que así pudiera conocer su situación y trasladársela a los responsables del banco o entidad financiera. El planteamiento no era escuchado. El único objetivo buscado consistía en que abandonasen la vivienda. En cuyo caso, retirarían la denuncia.

Sólo en uno de los casos que llevamos conseguimos el pretendido encuentro. Aunque de poco sirvió, pues el alquiler social no se autorizó. En el resto no hubo encuentro, y sólo el abandono de la vivienda en los plazos en los que el banco pedía pudo conseguir que el proceso penal terminase con la retirada de la denuncia. ¿El resto, fue? con absoluciones por la aplicación de la eximente de estado de necesidad.

Al cabo de dos años de trabajo decidimos profundizar legalmente en este tema. Nos posicionamos en la defensa de las personas que ocupaban viviendas vacías cuyo propietario eran entidades financieras con el fin de que pudieran defender su interés de poder habitar una vivienda.

Trabajamos un documento de buenas prácticas que enviamos a la Fiscalía General del Estado y al Consejo General del Poder Judicial, previa reunión con sus representantes. También elaboramos una propuesta de modificación del Código penal⁷.

Lo que comenzó siendo una experiencia de Justicia restaurativa acabó siendo una propuesta de intervención jurídica en favor de las personas vulnerables.

Con ello, confiamos en el poder del diálogo entre las entidades financieras y las familias para el mencionado objetivo. Y tenemos constancia de que continúa haciéndose por asociaciones de mediación especializadas en estos temas.

3. Cuestiones procesales relativas al derecho a la defensa

La primera cuestión importante que hay que señalar, desde el punto de vista de la defensa, es la práctica fraudulenta de la derivación de las usurpaciones, por parte de algunas comisarías, hacia juicios rápidos inmediatos por delito leve, que conllevan el señalamiento y la celebración de la vista oral y dictado de

⁷ Esta propuesta de reforma fue elaborada por Margarita Martínez Escamilla, Catedrática de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid, la jurista Maitane Arriola, y por el autor de este capítulo. Hicimos un grupo de trabajo, junto a otros juristas, para desarrollar una estrategia de reflexión, cuyas aportaciones se plasman a lo largo de este texto.

la sentencia en plazos extraordinariamente breves, dentro del servicio de guardia de los juzgados de instrucción⁸.

Así, en ocasiones, se ha constatado cómo los atestados instruidos por las Oficinas de Denuncias del CNP, señalan como Juicio inmediato de delito leve las denuncias por usurpación de vivienda. Estos hechos se encuentran fuera de los previstos en el art. 962 LECrim (limitado a los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias). Los delitos de usurpación únicamente podrían encajar en las previsiones contenidas en el art. 964 LECrim (formación inmediata del atestado y remisión al Juzgado de Guardia para que éste, en su caso, proceda al señalamiento y citaciones); pero se constata, además, en los atestados, la falta de información a la persona denunciada de los hechos de la denuncia y del derecho de comparecer asistido de abogado –siendo además preceptiva la asistencia letrada en el delito de usurpación, art. 967.1 párrafo 2º–, que deberá practicarse por escrito (art. 962.2 LECrim), cuando, sin embargo, en muchas ocasiones sólo consta de forma verbal o telefónica, o ni tan siquiera puede llegar a formalizarse por parte de los agentes policiales. Por tanto, el delito de usurpación del art. 245.2 CP solo tiene encaje en los supuestos contemplados en los arts. 964 y 965, nunca puede ser tramitado como juicio inmediato. Y solo cabría su enjuiciamiento rápido si constan en el atestado o en la denuncia los datos de todos los intervinientes, singularmente los del presunto autor, lo que no siempre ocurre.

8 El nuevo Libro VI de la LECrim. diseña tres tipos de procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves.

1. Enjuiciamiento inmediato, previsto para los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias, regulado en los arts. 962 y 963.

En tales casos la Policía Judicial citará de forma inmediata ante el Juzgado de Guardia a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos, fijando la hora coordinadamente con el órgano judicial, bien entendido que conforme establece el art. 963.2, “para acordar la celebración inmediata del juicio, será necesario que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia y de reparto”.

2. Enjuiciamiento rápido, previsto para el resto de los delitos leves, art. 964.

Se inicia bien mediante atestado levantado por la Policía Judicial y remitido al Juzgado de Guardia cuando tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de algún delito leve, o bien mediante denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial.

Si se dan los requisitos legales, el Juez acordará celebrar el juicio durante la guardia si, estando identificado el denunciado, es posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio.

3. Enjuiciamiento ordinario, previsto para el resto de los delitos leves si no es posible la celebración del juicio en la guardia, art. 965. En tal caso se procederá al señalamiento “el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a siete días”.

Por ello, “debe procederse a la suspensión de los señalamientos efectuados a través de la agenda programada de citaciones de la policía judicial, y ha de convocarse a las partes a un nuevo señalamiento de juicio por delito leve en la forma prevista en el art. 964.2 LECrim, practicándose las citaciones y aperci-bimientos en el modo previsto en los arts. 962 y ss. LECrim” (Providencia del Juzgado de Instrucción nº 4 Móstoles juicio delito leve /2016, de 23 de mayo de 2016). Los juzgados que descubran estas situaciones deben ponerlas en conocimiento de la Oficina de Denuncias del CNP, a fin de que a través de su Comisario Jefe se cursen las instrucciones oportunas para dar correcto cumplimiento a las previsiones establecidas para el señalamiento de los procedimientos para juicio por delito leve ante el Juzgado de Guardia.

La persecución de los delitos leves se está sustanciando desde el 1 de julio de 2015 conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Adicional 2ª de la LO 1/2015), esto es, el “procedimiento para el juicio sobre delitos leves”, que resulta de una revisión del anterior “procedimiento para el juicio sobre faltas”⁹.

4. Medida cautelar de desalojo y “lanzamiento” de la vivienda

Antes de la reforma de 2015, la medida cautelar de desalojo se solía solicitar bien en el escrito de personación, o bien en otro independiente al inicio de las actuaciones (art. 13 LECrim)¹⁰. Este artículo hace referencia a las “primeras diligencias” y las regula en los siguientes términos: “Se consideran como primeras diligencias las de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación

9 Vid. apartado XXXI, 21º párrafo del Preámbulo de la LO 1/2015.

10 No deja de ser un tanto extravagante que se apele al artículo 13 LECrim. para acordar esta medida en sede de tramitación ordinaria del procedimiento penal de que se trate. Pero así se expresa en las resoluciones consultadas, de diversas AAPP. Sirva como ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª), de 16 de septiembre de 2005 (JUR 2005\243077): “(...)el art. 13 de la LECRIM prevé la posibilidad de que, dentro de las primeras diligencias, aunque de ordinario se opina que no es indispensable que siempre se aplique al inicio del proceso, el instructor disponga de las medidas adecuadas para la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito, precepto que no concreta exactamente cuáles sean éstas precisamente porque, ante la amplitud y variedad de situaciones de hecho que pudieran suscitarse, de lo que se trata [sic] es de permitir que, en cada caso, si se estima procedente, se acuerden aquellas más aconsejables para evitar que bien se mantenga la situación ilícita derivada de la presunta, aún, comisión de un delito, o bien el daño ya sufrido por el perjudicado, adoptándose tales medidas, como todas aquellas que tienen el carácter de meramente cautelar, sobre la base de su necesidad y proporcionalidad, y de la presunción, por lo menos inicial, de buen derecho de quien la reclama.

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". Estas medidas tienen un carácter excepcional y la finalidad que busca el legislador no es la protección de aquél a quien la comisión del delito genere un daño o perjuicio meramente jurídico o económico, sino –como parecería más razonable, debido a esa excepcionalidad– a quien es, o ha sido, su víctima directa y personal. El precepto (art. 13 LECrim) se dirige a aquellas medidas tendentes a la protección del ofendido o perjudicado por el delito, y a continuación menciona las medidas cautelares del art. 544 bis LECrim: "En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas (...)". En conclusión, las medidas cautelares del art. 544 bis adoptadas al amparo del art. 13 LECrim. se conciben en el marco de la protección debida a las víctimas, concepto mucho más concreto y restrictivo que el de mero "perjudicado" que utiliza el propio art. 13 LECrim. Acorde con la naturaleza de los delitos del art. 57 CP, hay que recordar que conforme establece el art. 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, asumiendo la definición de víctima establecida en el art. 2 de la Directiva de la UE¹¹, la víctima siempre ha de ser una "persona física".

Además de esta cuestión, son varios los argumentos existentes para fundamentar la improcedencia de una medida cautelar de lanzamiento:

1. El Juez de Instrucción para el caso de que adoptara la medida podría quedar "contaminado", toda vez que en los procedimientos por delitos leves no existe fase de instrucción que se separe de la de juicio oral. Sin duda alguna, supon-

dría una actuación instructora incompatible con este procedimiento¹². Aunque a veces se permita la práctica de alguna actuación de preparación del juicio, lo que está claro es que en la adopción de la medida cautelar, debería valorarse si existe *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

Como argumentación contraria, es preciso tener en cuenta lo que señala la Instrucción 1/2020 FGE:

"La STC n.º 328/1994, de 12 de diciembre, en referencia a las extintas faltas y con apoyo en la STC n.º 150/1989, de 25 de septiembre, ya puso de relieve que la ausencia de prescripción alguna en la LECrim que consagre la existencia de una fase instructora, no impedía que el juez efectuase con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias dirigidas a preparar el juicio oral mediante la realización de los actos de investigación imprescindibles para la determinación del hecho y de su presunto autor".

"En esta misma dirección, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 2.ª, de 27 de noviembre de 2019 establece que «si bien el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es donde se encuentra la regulación del proceso por delito leve, no hay previsión expresa de que se practiquen diligencias de investigación, no significa que no puedan realizarse más actuaciones que las que allí aparecen. La falta de previsión expresa no comporta que en el proceso por delito leve no puedan y deban practicarse diligencias necesarias para la celebración del juicio, con independencia de la denominación que se les dé. El legislador parece haber optado por calificarlas de diligencias de instrucción, pues la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dice Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves. La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciará conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves. En cualquier caso, es habitual la práctica de dichas diligencias (...) y es de lógica que sea así, pues lo contrario podría llevar a una incomprensible impunidad en algunos casos y a la vulneración del derecho de la víctima y del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva».

En similar sentido se pronuncian los Autos de la AP de Barcelona, Sección 9.ª, de 23 de diciembre de 2019 y de la AP de Valencia, Sección 5.ª, de 5 de julio y 13 de septiembre de 2019".

2. El lanzamiento y desalojo constituyen una medida cautelar. Como se adopta sin que haya una resolución firme, al incidir en los derechos de las per-

11 Que traspone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

12 No obstante, antes de la reforma del CP de 2015, al tramitarse como procedimiento abreviado, sí se adoptaba la medida cautelar al amparo de art. 13 LECrim.

sonas, tanto el fiscal como el juez han de analizar si se dan los presupuestos de las medidas cautelares. Por un lado, si existe una apariencia de la responsabilidad penal por el delito investigado (*fumus boni iuris*) y, por otro, la certeza de que, si no adopta la medida cautelar, los fines que persigue el proceso no podrían satisfacerse (*periculum in mora*). Es más que dudoso que estos presupuestos concurren en la mayoría de las causas penales promovidas por las entidades bancarias. Así, por ejemplo, debería informarse negativamente por el fiscal y denegarse por el juez cuando la entidad bancaria insta el desalojo de viviendas sobre las que no tiene ningún plan de actuación, es decir que permanecerán vacías, sin uso, en muchos casos abandonadas, pues lo que se pretende con la denuncia y la medida cautelar no es tanto recuperar la efectiva posesión material (natural) como deshacerse de sus ocupantes, para lo que -insistimos- ya existen herramientas previstas en el derecho civil (interdictos posesorios). Estas consideraciones permiten afirmar que el *bonus fumus iuris* no resulta tan evidente. Se hace difícil de entender qué clase de peligro se estaría afrontando con el lanzamiento de la vivienda acordado cautelarmente en los preámbulos del procedimiento, cuya eventual ejecución ordinaria derivada del dictado de la sentencia condenatoria, en su caso, no se prolongaría más que unos días. Por otra parte, la celeridad que exigiría la adopción de esta medida cautelar en el seno del enjuiciamiento de los delitos leves abocaría a que su práctica se realizara *inaudita parte*, lo que la convierte en una decisión de constitucionalidad más que dudosa.

Como cualquier medida cautelar, la necesidad de ese desalojo y lanzamiento antes de la resolución ha de ser analizada, además, a la luz del principio de proporcionalidad y los derechos en juego, debiéndose tener en cuenta en esta ponderación la situación de pobreza y exclusión de los ocupantes, que repercute en la salud física y psíquica de personas que en muchos casos, víctimas de la crisis económica, han sufrido recientes procedimientos de desahucio o nunca consiguieron tener acceso a una vivienda, sin olvidar la necesidad de poner en primer plano el interés superior del menor en el caso de que existan.

En relación con los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, ver la Instrucción 1/2020 FGE, punto 3.3., páginas 14 a 18.

3. Para la existencia del delito de usurpación del artículo 245.2 CP no basta la ocupación de un inmueble sin la autorización del propietario, sino que deben concurrir otra serie de elementos que han sido puestos de relieve por la denominada Jurisprudencia menor al efectuar una interpretación del precepto a la luz de los principios de proporcionalidad, mínima intervención y *ultima ratio*

que presiden el Derecho Penal y delimitan su ámbito de aplicación ante la concurrencia de otros procedimientos en el ámbito civil, como son las acciones posesorias y reivindicatorias, para la protección de la posesión, bien jurídico protegido por el delito. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Girona (Auto 588/2015); justifica el Juzgado de Instrucción la denegación del desalojo solicitado en que no resulta procedente al amparo del artículo 13 LECrim la adopción de la medida cautelar al haberse transformado las actuaciones en un procedimiento de delito leve, debiéndose estar en su caso al resultado del juicio en orden no tanto al desalojo como a la posible restitución. Prevé la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de la citada resolución, que toda medida cautelar requiere la concurrencia de los requisitos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. “Constituye el criterio unánime de las dos secciones penales de la Audiencia Provincial de Girona que tratándose de entidades bancarias y respecto a los pisos cuya titularidad le ha sido adjudicada tras el ejercicio de las acciones de ejecución hipotecaria, es evidente que la ocupación de esos inmuebles sin su autorización no les causa los mismos perjuicios que a un particular y, por tanto, habrá de analizarse caso por caso a fin de averiguar si la entidad bancaria ha ejercido sobre esos inmuebles los actos de posesión que le son propios en atención a su naturaleza jurídica”.

4. Partiendo de la compleja realidad actual, de los problemas de vivienda para las personas y las familias más vulnerables, y de que tal “realidad social” constituye uno de los criterios interpretativos de las normas jurídicas según el art. 3 del Código Civil, la apariencia de buen derecho, de presumirla formalmente, ha de ceder ante la función social de la vivienda en un estado de derecho. En tal sentido, habría de realizar una valoración conjunta del art. 47 de la Constitución como principio rector que debe informar las actuaciones de los poderes públicos (incluyendo al poder judicial), con la normativa internacional de los derechos humanos, concretada en instrumentos internacionales como el art. 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el art. 23 de la Convención de los Derechos del niño, así como atender las llamadas de atención de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, que han alertado al estado español sobre las negativas consecuencias que, para el efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, han tenido y tiene la primacía otorgada por las políticas públicas a la vivienda en propiedad que, en especial en periodos de crisis financiera, margina y discrimina a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

5. No es posible acordar un lanzamiento sin que exista una alternativa habitacional para la persona acusada. Por ello, de acordarse, el abogado defensor debería solicitar la suspensión del lanzamiento acordado como medida cautelar (en su caso) o en la sentencia, para buscar una alternativa habitacional pública. Así, directamente relacionado con los requisitos que exige el reconocimiento de un estado de necesidad (que abordaremos más adelante), podría servir de apoyo a la suspensión del lanzamiento inmediato acordado, el indudable perjuicio que una situación de lanzamiento de la vivienda habitual tiene para las personas sobre las que se realiza. La incidencia que tiene el hecho de un lanzamiento de la vivienda habitual sobre los aspectos psicológicos y de salud física de las personas afectadas se encuentra prácticamente carente de estudios académicos, contrastando esta situación con lo que sucede en otros campos de parecida gravedad (violencia de género, conflictos armados...).

Por ello adquiere especial relevancia el estudio que, en Septiembre de 2014, hizo la Escuela de Salud Pública de Andalucía en colaboración con la Facultad de Psicología de la Universidad de Granada. Dicho estudio se hizo con personas incursoas en procedimientos del orden civil que llevan aparejados, en última instancia, el lanzamiento de la vivienda habitual (desahucios hipotecarios). La falta de estudios previos sobre la materia hizo que la comparativa tuviera que hacerse con parámetros de otro tipo de supuestos de parecida gravedad. Los profesionales que hicieron este estudio mostraron su sorpresa por lo elevado de los parámetros de gravedad alcanzados con las personas incursoas en situaciones de lanzamiento de vivienda habitual, llegando en algunos casos a sobrepasar los alcanzados por personas inmersas en situaciones de guerra o de violencia de género. El enorme deterioro físico y psicológico que se sufre en estos supuestos quedó fuera de toda duda, así como la huella que dicha situación deja en las personas afectadas para mucho tiempo después e incluso de forma permanente (miedos, obsesiones...).

Las conclusiones de este informe, elaborado por instituciones públicas con criterios técnicos, aplicadas al caso concreto que nos ocupa, pueden hacer valer decididamente algunos de los requisitos del estado de necesidad en que se encuentran las personas afectadas.

Los datos de este informe médico psicológico, siendo concluyentes, cabe agravarlos, desgraciadamente en perjuicio de los supuestos objeto de este estudio, toda vez que los mismos se obtuvieron de personas que tuvieron la "capacidad" y el tiempo de acudir a movimientos sociales, que fueron los que facilitaron su encuentro con los profesionales que confeccionaron el informe; pero son mayoría, en nuestro caso la práctica totalidad, los casos en los que la persona

afectada por la situación en que se encuentra lo vive en completa soledad, por incapacidad, vergüenza, y en nuestro caso por falta de tiempo material, debiendo así emprender un peregrinaje eterno e ineficaz por distintas instancias públicas y privadas, en un exiguo periodo de tiempo, lo cual hace que los datos objeto del estudio arriba reseñado puedan ser agravados en muchos casos a los que nuestra situación se refiere de una forma evidente.

Por otro lado, debemos tener presente que el lanzamiento en materia penal lo realiza normalmente la policía judicial. Ello añade al trámite un plus de rigurosidad, premura e inflexibilidad, propias, por otro lado, de la materia penal ¿en que se encuentran? A falta de regulación expresa, en principio nada impide que, en fase de ejecución penal, al tratarse de un pronunciamiento civil, se acuda al lanzamiento a través del servicio común de los juzgados, al igual que se hace en la vía civil.

Esta forma de actuar crea determinadas situaciones insostenibles, éticamente reprochables y de posible indefensión, solo salvadas, *in extremis*, en algunas ocasiones, por el buen hacer de los policías que intervienen. En cualquier caso, la práctica de la policía, a la hora de realizar el lanzamiento mandado judicialmente, hace que no se pueda contar con el espacio de tiempo necesario para presentar los informes sociales arriba referidos, toda vez que la policía en el ejercicio de su cometido se limita a identificar y avisar a los ocupantes con escasa antelación a la práctica material del lanzamiento. Este plazo es discrecional por parte de la fuerza actuante. Las personas se encuentran con una resolución judicial que hay que cumplir necesariamente y ante la que no se tiene prácticamente vías impugnatorias para impedirla. Se hace necesario ganar tiempo para poder conseguir un informe adecuado de servicios sociales, en los términos arriba apuntados, que pueda ayudar a facilitar la justeza de la decisión judicial final que se emita. Uno de los caminos puede ser, ateniéndonos a la realidad de la situación que es de por sí intensa, el introducir elementos nuevos no tenidos en consideración en el acuerdo de lanzamiento, si se adopta como medida cautelar acordado por el Juzgado. Nos situamos en uno de los peores escenarios posibles (que tampoco suele ser el habitual) en el que la/s persona/s afectada/s carecen de todo tipo de informes sociales, certificados de desempleo..., y en el que solo se cuenta con el escaso espacio de tiempo concedido entre el aviso policial y el día y hora acordado para su práctica, en los que solo cabría acudir al Juzgado comunicando esos hechos nuevos no tenidos en consideración a la hora de emitir el acuerdo de lanzamiento adoptado por el Juzgado, poniendo en conocimiento del mismo el día y hora acordado policialmente para el lanzamiento, y que éste ignora.

Habría que excluir siempre el que quepa interpretar estos hechos que ahora se ponen en conocimiento como una vía impugnatoria solapada sobre el contenido de la resolución adoptada. Hay que articularla tal cual es, esto es, como una solicitud de “reconsideración” de la decisión judicial adoptada en base a elementos nuevos jurídicamente relevantes (existencia de menores, personas mayores o impedidos en la vivienda objeto de lanzamiento, o cualquier otro indicio que permita valorar indirectamente el estado de necesidad existente y la situación de desamparo que provocaría, expresando siempre que el acceso, realizado en su momento, se hizo sobre una vivienda vacía) al tiempo que se solicitará del Juzgado que oficie a los Servicios Sociales correspondientes para que por los mismos se certifique, con antelación al día del juicio señalado, sobre la posible situación de exclusión económica y social en que se encuentran la/s persona/s incursas. De esta comunicación se solicitará al Juzgado que se dé traslado, con carácter previo a resolver, al denunciante y al Ministerio Fiscal, interesando que mientras tanto se oficie a la policía actuante para que deje en suspenso la orden de lanzamiento inicialmente emitida hasta que se resuelva sobre la petición ahora realizada a fin de no hacer ésta ineficaz.

El banco no persigue de forma directa la restitución de una vivienda que ha mantenido vacía durante largo tiempo, y que probablemente así seguirá después, sino la salvaguarda de una posesión que entiende gratuitamente quebrantada sirviendo al tiempo de aviso ante conductas similares en otros supuestos, motivo por el que las razones de urgencia alegadas para solicitar la medida cautelar debieran decaer ante los indicios apuntados por la solicitante. Casos parecidos en el ámbito civil han quedado resueltos con esta forma de actuar. Estos hechos nuevos, que en muchos supuestos pueden afectar a materias sobre las que ha de velar por mandato legal, pueden hacer que el Ministerio Fiscal informe favorablemente a la pretensión que ahora se deduce.

De alcanzar el acuerdo suspensivo por parte del órgano judicial, el abogado defensor se encontrará con el tiempo mínimo, normalmente interesado por servicios sociales para la elaboración del correspondiente informe y la confección del mismo para el día del juicio señalado, lo que sin duda puede avalar la justeza de la decisión judicial y propiciar favorablemente el acuerdo con el banco en cuestión.

En la misma línea resultan de interés las Conclusiones CUARTA y QUINTA de la Instrucción 1/2020 FGE:

“Cuarta: En el delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP las/los Sras./Sres. Fiscales solicitarán la referida medida cautelar cuando el sujeto pasivo de la infracción sea una persona física, una persona

jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública, siempre que se constate que la concreta usurpación, además de lesionar el *ius possidendi* de la víctima (derecho a poseer que se ostenta sobre un bien que, no obstante, es poseído materialmente por otro), pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien). En aquellos supuestos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales, singularmente en el caso de viviendas deshabitadas y que, a modo de ejemplo, no se encuentren en proceso de comercialización o reforma a fin de permitir su futuro uso, deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida cautelar.

Asimismo, instarán la adopción de la referenciada medida cautelar cuando la víctima resulte ser una persona jurídica de naturaleza privada, siempre que, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, se constate la existencia de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma, extremo que habrá de valorarse en los anteriores términos en aquellos casos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o de una expectativa de uso actuales.

En todos los supuestos aludidos, al tiempo de valorar la solicitud de la medida cautelar, se tendrá en consideración no solo a las víctimas o perjudicados por el delito, sino también a los/las vecinos/as y/o colindantes a los/las que el delito pueda suponer un perjuicio directo en el pleno disfrute de sus derechos.

Quinta: Cuando las/los Sras./Sres. Fiscales soliciten el desalojo y se observe una situación de especial vulnerabilidad en las personas que ocupen el inmueble (personas en situación de claro desamparo, menores, personas con discapacidad, etc.), tendrán en cuenta esta circunstancia e interesarán simultáneamente que los hechos se pongan en conocimiento de los Servicios Sociales, a fin de que adopten -con carácter necesariamente previo al desalojo- las medidas oportunas para su protección, proveyendo en su caso las soluciones residenciales que procedan”.

En el mismo sentido, el punto 3.1. de la Instrucción 1/2020 destaca al final que “Las anteriores prescripciones tienen por objeto posibilitar que las/los Sras./Sres. Fiscales refuercen su intervención en defensa de los derechos de las víctimas y los/las perjudicados/as por estos delitos, recurriendo con la mayor inmediatez a las herramientas legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, capaces de restablecer el legítimo derecho del/de la denunciante y evitar la persistencia en el tiempo de la conducta delictiva en tanto se tramita el correspondiente procedimiento, ello sin perjuicio de cerciorarse de que se ofrezca la asistencia personal y familiar necesaria en los supuestos en los que los/as ocupantes sean personas en situación de desamparo, riesgo de exclusión residencial o con hijos/as menores o personas dependientes a su cargo”.

5. Posibilidad de sobreseimiento provisional

El artículo 779 1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “practicadas las diligencias pertinentes, si el Juez estimare que no aparece suficientemente justificada la perpetración de los delitos investigados, acordará el sobreseimiento que corresponda”. Por su parte, el artículo 641.1º LECrim precisa que se acordará el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación de la causa. Del mismo modo, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de 13 de marzo de 2009, *“la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28.9.1987 señala que quien ejercita una acción en forma de denuncia o de querrela no tiene, en el marco del artículo 24.1 de la Constitución Española, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora, sobre la calificación jurídica del hecho, expresando, en su caso, las razones por la que inadmite su tramitación o archiva, libre o provisionalmente, las actuaciones. Es decir, el mero hecho de interponer una denuncia no implica la apertura de un procedimiento penal con todas sus consecuencias y menos la apertura de juicio oral, sino que, si, de manera clara y practicadas diligencias de prueba, se determina que no está suficientemente justificada la perpetración del hecho delictivo, el Juez de Instrucción está obligado a archivar, sobreseer provisionalmente la causa, explicando, eso sí, los motivos y razones por los que los hechos denunciados no han sido suficientemente acreditados. En definitiva, lo que pretende el legislador evitar es que, bajo pretexto del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, la mera denuncia, sin más comprobaciones, lleve a una persona a sentarse en el banquillo, a sufrir la apertura de un juicio oral público, con lo que ello supone de estigma, preocupación, afección personal y quebranto psíquico. Por ello nuestro sistema procesal penal crea no sólo la figura del Juez instructor, dotado de imparcialidad, alejado de tintes inquisitoriales, sino una necesaria fase previa, de instrucción, de filtro y trascurrida la cual y practicadas las diligencias esenciales para averiguación de los hechos denunciados, se obliga al Juez de Instrucción a efectuar un pronunciamiento motivado sobre continuación del procedimiento o archivo del mismo, básicamente. Es algo esencial a nuestro sistema de garantías respetar dicha previsión del legislador y no ser ligero o descuidado con indebidas aperturas de juicio oral. Tampoco se debe incurrir en lo contrario, es decir, en ser extremadamente riguroso, dejando indefensa a la víctima. La clave radicará en la correcta ponderación por parte del Juez instructor del resultado del material aportado a la fase de instrucción”*.

Por ello, de conformidad con el análisis de los elementos objetivos del tipo que desarrollaremos posteriormente, en interpretación del artículo 245.2 CP, y en mérito al resultado de las diligencias practicadas en cada caso, puede ocurrir que los hechos denunciados no encuentran suficiente encaje en el referido tipo penal. Así, se acordaba, por ejemplo, en un caso tramitado por Diligencias Previas 296/15 por el Juzgado de Instrucción nº4 de Móstoles mediante Auto de 21 de julio de 2015, donde se dejaba constancia de una situación en la que los ocupantes de la vivienda actuaron en apariencia sin conocimiento fehaciente sobre la verdadera titularidad de la finca en cuestión, y “sin que de las diligencias practicadas pudiera constatarse en modo suficiente por la entidad titular de la vivienda se hubieran llevado a cabo actuaciones que supusieran una exteriorización de tales facultades dominicales, resultando al respecto especialmente significativo la ausencia de previos requerimientos dirigidos a los imputados”.

En la actualidad, pese a tramitarse estos procedimientos como juicios por delitos leves tras la reforma del CP de 2015, ello no obsta para que, al amparo de la jurisprudencia antes citada, en estos casos los abogados y los fiscales puedan solicitar a los jueces el sobreseimiento provisional de las presentes al amparo del artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que ello suponga la legitimación de una eventual ilegal situación posesoria por parte de los denunciados, para cuyo cese la entidad denunciante podrá ejercitar las acciones que correspondan para la tutela de sus derechos posesorios y facultades dominicales ante la jurisdicción civil.

6. Sobreseimiento en base al principio de oportunidad

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal ha incorporado a nuestra LECrim la posibilidad de que los jueces puedan sobreseer el proceso por delitos leves, a instancias del Ministerio Fiscal, por razones de oportunidad. Según el art. 964.2 LECrim en relación con el 963.1.1. LECrim, recibido el atestado y en aquellos casos en que el atestado se hubiere iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, el juez “acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

- a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
- b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés

público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”.

A la luz de las consideraciones que se realizan en este trabajo, el delito de usurpación pacífica por motivos de necesidad económica sería un supuesto paradigmático para la aplicación del principio de oportunidad, introducido, como expresamente recoge el preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, con la finalidad de conseguir “una realización efectiva del principio de intervención mínima”, principio que, junto con el principio de fragmentariedad, se vulnera con el castigo penal de estas conductas.

Sin embargo, a la luz de la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015, parece que los fiscales, lamentablemente, no van a hacer uso de esta posibilidad en relación con el delito del 245.2 CP, pues según taxativamente establece “se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trata de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal” (pág. 33).

Entendemos que no debería ser éste un criterio determinante, que resulta innecesariamente restrictivo. En primer lugar, no se deriva de la regulación del principio de oportunidad, pues según el art. 963.1.1 LECrim, se valorará la gravedad “a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor”, es decir, sin ser determinante la pena prevista en el art. 945.2 LECrim.

Por su parte, la existencia de denuncia no es considerada por la Circular 1/2015 un impedimento absoluto para hacer uso de este criterio de oportunidad, “pues la ley no establece prohibiciones explícitas” (pág. 29), aunque sí aconseja especial cautela en estos supuestos. En los casos objeto de este informe no debería considerarse un impedimento pues, como ya se ha dicho, los bancos tienen instrumentos civiles efectivos para recuperar la posesión.

En la misma línea la Instrucción 1/2020 FGE señala que “En este ámbito, si bien es cierto que el art. 964 LECrim posibilita a los jueces para que sobresean las actuaciones por delito leve a instancia del Ministerio Fiscal por razones de oportunidad, la Circular 1/2015 de la FGE, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015, establece respecto del delito del artículo 245.2 CP que «se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de inmueble, vivienda o edificio ajenos que no cons-

tituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal»”.

7. Cuestiones de Derecho Penal sustantivo

7.1. El bien jurídico protegido. Razones para apreciar la atipicidad de la conducta

Buena parte de las resoluciones de diversas Audiencias Provinciales se han inclinado por entender que el bien jurídico protegido de este delito estriba no tanto en el derecho de propiedad, o en la situación jurídica denominada por la doctrina posesión civil, sino en la conocida como posesión natural o material. Se trata de la relación específica del propietario o poseedor legítimo sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa, derivada de su condición de tal, sobre ella. La posesión constituye una situación fáctica, que está amparada por el ordenamiento jurídico con una tutela específica, la llamada tutela interdictal que proclaman los artículos 441 a 446 del Código Civil. A este amparo de carácter civil de los interdictos posesorios, el legislador de 1995 ha sumado una protección penal, definiendo como delito la conducta del art. 245.2 CP¹³. Así, “la intervención penal sobrevenida obliga a los Tribunales de este orden jurisdiccional a una interpretación, que, acorde con los principios básicos que informan al Estado de Derecho, permita establecer el límite que separa el ámbito de protección del interdicto posesorio y del precepto penal. Se trata de establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes, que permitan resolver en cada situación particular la posible tipicidad de la conducta concreta realizada. Y no debe olvidarse, en esta labor

13 El origen del precepto lo encontramos en el nuevo Código Penal de 1995, al entender el legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de OKUPAS y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles. Bajo la normativa anterior, sólo cabía incluir hechos similares en el delito (o falta) de coacciones (arts. 496 y 585 CP), pero siempre que concurrieran, como elementos esenciales de esta infracción penal, la violencia -ejercida sobre las personas o las cosas- y el dolo, entendido como voluntad e intención de restringir la libertad ajena. De ahí que gran parte de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hayan interpretado el verbo ocupar contenido en este tipo penal, referido a la instalación en inmueble ajeno, con cierto aire de continuidad y permanencia, es decir, no con carácter esporádico y pasajero.

hermenéutica, que existe un principio básico en el campo penal, cual es el de intervención mínima, cuyas consecuencias y la obligada interpretación de las normas jurídicas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil), así como la existencia dentro de la esfera civil de unos cauces adecuados para que los interesados pueden dilucidar sus diferencias, impone, como lógica consecuencia, una aplicación restrictiva y estricta de las normas penales correspondientes (STS 4 de Abril de 1990, que cita, a su vez, las de 7-3-88, 30-5-88 y 10-6-89). Esta alcanza, no sólo al momento de dictar sentencia, sino también en la fase procedimental anterior para evitar procesos innecesarios y «penas de banquillo» injustificadas” (Auto de 30.12.2013, AP Sección 2ª Valencia).

Ha de partirse, pues, de que existiendo dos tipos de protección posesoria -civil y penal- no toda perturbación de la posesión es subsumible en el precepto penal. La protección esencial y general viene dada por los interdictos posesorios. La intervención penal, inspirada en los principios de proporcionalidad e intervención mínima y extrema *ratio*, sólo puede quedar reservada, en los términos del precepto penal, para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación. Ahora bien, entrando en el análisis del tenor literal del art. 245.2 CP, parece claro que el legislador ha querido prohibir un riesgo específico del bien jurídico, posesión: el que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido de un individuo dentro de un inmueble, vivienda o edificio ajenos deshabitado. “No es cualquier ocupación la que está contemplada en el citado precepto, sino sólo aquella ocupación que realmente signifique un riesgo a la posesión. No puede olvidarse nunca que la posesión es, antes que nada, un hecho protegido jurídicamente en forma amplia en lo civil con los interdictos posesorios y con carácter excepcional penalmente” (ST AP Valencia 4.05.2016 de Sección 2ª Valencia). “La determinación de la existencia de una relación posesoria o de señorío sobre una cosa se debe hacer sobre la base de la conciencia social que exista sobre dicha relación: habrá posesión, en consecuencia, en la medida que la conciencia común en un determinado ámbito social entienda que ésta existe sobre una cosa. De esta forma, sobre la base de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la protección penal y atendiendo al criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal, sólo cabe considerar, entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 CP, aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta” (auto de 30.12.2013, AP

sección 2ª Valencia), tales como “sucede con los casos de inmuebles temporalmente deshabitados a la espera de comprador, casas de temporada, obras en construcción etc.; y, por el contrario, la intervención penal aparece desproporcionada tratándose fincas cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como las abandonadas, en mal estado, (ST de 25.04.2013, AP secc. 2ª AP Valencia)¹⁴, o las que están sin habitar sin dueño o propietario conocido, porque lleven tiempo cerradas al ser conocedoras de que

14 “En el presente caso, como se desprende del propio relato de hechos probados y de la prueba valorada en sentencia, así como de la prueba documental, la inmobiliaria titular de la vivienda lo era desde mayo de 2002 y tomó posesión de la misma en octubre de 2002. Los acusados admitieron al declarar ante el Juzgado de Instrucción que ocupaban la vivienda -la que admitieron ocupar que, como antes se ha indicado, sólo podía ser la que era propiedad de la entidad CISA- desde hacía nueve años. De hecho, la sentencia declara probado que los acusados vivían en dicha vivienda desde varios años antes al 7 de junio de 2011. Lo que no contiene la sentencia es valoración de cómo cabe considerar que la ocupación de la vivienda por parte de los acusados, dadas las circunstancias antedichas -la titular de la misma lo era desde el año 2002, los acusados venían utilizándola desde varios años antes sin que quepa descartar que lo hicieran desde nueve años antes, por tanto, desde fechas próximas posteriores a aquella en la que la propietaria tomó posesión de la vivienda-, pudiera significar un riesgo a una posesión social clara y manifiesta. La propietaria no ha revelado haber efectuado actuaciones destinadas a ejercer la posesión a la que la propiedad daba derecho en el periodo comprendido entre la diligencia de ocupación de la vivienda -28 de octubre de 2002- y la fecha de presentación de la denuncia por ocupación ilegal -26 de mayo de 2011-. Es más, no cabe descartar que los acusados pudieran entender, al menos transcurrido un plazo amplio desde la inicial ocupación no autorizada, que la titular optaba, mientras no tuviera intención de darle algún determinado destino al inmueble, por no oponerse al uso que los mismos venían ejerciendo -lo que constituiría una ocupación en la legítima creencia de que la titular no se oponía-. En conclusión, no cabe descartar que a la fecha de la denuncia e, incluso, durante los cinco años anteriores -periodo de prescripción del delito- pudieran los acusados haber actuado en la razonable creencia de que si no existía acto de reclamación de la posesión por parte de la titular, ésta se oponía a su ocupación. Debemos tener en cuenta, también, que en juicio no se practicó prueba alguna destinada a acreditar que, en el periodo de 9 años transcurridos entre la entrada en posesión de la vivienda y la denuncia de la ocupación de la misma, la propietaria ejerciera actividad alguna destinada a recuperarla. Y, por otro, que no resulta razonable sostener -menos aún cuando no se ha practicado prueba en tal sentido- que la propiedad del inmueble no tuviera conocimiento de la situación del mismo en dicho periodo, lo que permite no descartar que, a sabiendas de la ocupación del mismo, optara por tolerarla o transigir con ella. En definitiva, los hechos declarados probados son compatibles -más aún a la vista de la prueba documental- con un supuesto de ocupación no autorizada expresamente, pero sí tácitamente por la vía de la tolerancia de la ocupación conocida; asimismo, es compatible con una ocupación de un inmueble respecto del que no hay constancia que la titular hubiera efectuado entre el 22 de octubre de 2002 y el 26 de mayo de 2009, actuación alguna destinada a revelar su condición de titular y a ejercer la posesión de la misma en términos socialmente claros y manifiestos. Por todo ello, consideramos que los hechos declarados probados no reúnen todos los elementos del tipo y son compatibles con una ocupación o utilización de vivienda ajena no integrable dentro del delito de usurpación del art. 245.2 del Código Penal”.

sus antiguos poseedores fueron desahuciados y la titularidad es de una entidad bancaria que no va a ocuparla para vivir.

En conclusión, el bien jurídico protegido lo constituye la posesión material del bien que determina el señorío directo sobre la cosa, y cuyo contenido es el goce y disfrute de la misma. Por esta razón, para poder considerar que un determinado supuesto de hecho sea constitutivo de un delito de usurpación del art. 245.2 CP es necesario que se haya perturbado, con la acción presuntamente delictiva, la llamada “posesión inmediata”, o “real y efectiva”, del bien inmueble en cuestión y no solamente la llamada “posesión civil” inherente a la propiedad¹⁵.

De ello se deduce que únicamente es posible la lesión del bien jurídico y, por tanto, la conducta puede considerarse típica, cuando el propietario de la vivienda acredite que su posesión es “real e inmediata”. Esta circunstancia puede ocurrir con los particulares, pero difícilmente con las entidades bancarias. En este sentido, la sección 17.^a de la A P de Madrid, en su sentencia de 18 de septiembre de 2006, absolvió al carecer la acusada, de recursos económicos, ocupó una vivienda vacía sin contar con autorización de su titular, el Instituto de la Vivienda de Madrid. (IVIMA en los sucesivos), afirmando que es un hecho notorio que el IVIMA no es capaz de satisfacer la gran demanda de viviendas, y que la asignación de las disponibles puede demorarse años... La acusada llevó a cabo una acción que, aunque le hubiera reportado beneficio, ni lesionó ni puso en peligro un bien jurídico, individual o colectivo. Su condena, en estas circunstancias, resultaría arbitraria, ya que en su comportamiento faltaría el requisito de la ofensividad incluso en sentido amplio (comprendida no sólo por la lesión sino también por la puesta en peligro de bienes jurídicos); y consagraría un entendimiento abusivo (prohibido por el art. 7.2 del Código Civil) de la amplitud del derecho de propiedad que, con olvido de su función social, se habría impuesto a la satisfacción puramente transitoria del derecho constitucional de toda persona a una vivienda digna».

¹⁵ Como ejemplo corriente jurisprudencia, que entiende que el art. 245.2 CP protege la posesión natural más allá de la posesión civil, puede citarse la SAP de Madrid de 23 de marzo de 2010 (SP/SENT/602462) que señala que “(...) el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella (...)”. También, SAP Tarragona, sección 2.^a, de 11 de diciembre de 2003, recurso 1235/2003, en el Auto de 26 de octubre de 2010 del J19 FJ 2 Barcelona.

7.2. Elementos objetivos del tipo

La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2.^o del artículo 245, requiere para su comisión la concurrencia de varios elementos que han de hacerse desde una lectura restrictiva del tipo, en un razonamiento que parte, como premisa, de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad que informan el Derecho Penal (Art 49, 3.^o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Dicho razonamiento ha llevado a conclusiones como las que se exponen, que afirman que no cualquier perturbación posesoria puede justificar la puesta en marcha de los mecanismos penales de protección, puesto que el Código Penal no puede estar al servicio de exclusivos intereses recuperatorios de la posesión de la cosa cuando el titular del derecho posesorio, *ius possidendi*, durante un período significativo de tiempo no lo ha ejercido en términos materiales y directos, sin perjuicio de las facultades de exclusión y recuperación posesoria que ofrecen el Código Civil y las leyes procesales (así, la SAP Barcelona, sección 5.^a, de 16 de enero de 2003, F.D.5.^o; la SAP Lleida 413/2012, sección 1.^a, de 14 de diciembre, F.D.2.^o, y la SAP Madrid, sección 16.^a, 862/2013, de 26 de diciembre, F.D.2.^o, por todas)¹⁶.

La doctrina jurisprudencial (pacíficamente admitida hasta el momento, vid., por ejemplo, STS de 12-11-14, Rec. 2375/2013¹⁷) acerca de las características y los elementos de este tipo penal, ha consolidado los elementos y requisitos de este tipo. Resumidamente se pueden describir del modo siguiente.

a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.

b) Que la ocupación inmobiliaria conlleve un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta. Por ello, las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo. La interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal.

¹⁶ Sentencia 48/15 del Juzgado de Instrucción 32 de Madrid, 14.12.1015 FD1.^o

¹⁷ Esta STS en concreto decidió sobre un delito de usurpación de inmuebles a partir de la ocupación pacífica de una finca rústica militar durante dieciocho días, con finalidad de protesta social.

Aunque no constituye jurisprudencia unánime, como regla general vienen considerándose atípicas ocupaciones transitorias u ocasionales, en la medida que no lesionan en ejercicio de la posesión sobre el inmueble. En este sentido las SSAP Madrid de 26 de junio de 2011, de Burgos de 2 de mayo de 2011, SSAP Huelva, de 15 de febrero de 2008, que mantiene que tres días no son suficientes. No puede apreciarse el requisito de la vocación de permanencia, pues no consta acreditado que la imputada llevase pernoctando en la vivienda más de 5 días (SAP Burgos (Sección 1.^a), 341/2013 de 15 de julio). Por otro lado, no se estima el delito 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 Burgos (Sección 1.^a)).

c) Que la persona que ocupa la vivienda 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. Al tipificar como delito la ocupación no violenta ni intimidatoria el legislador entendió la necesidad de regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de okupas y con objeto de dotar de una mayor protección, no sólo civil a través de las acciones interdictales sino también penal, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles¹⁸.

No podemos, en este sentido, ignorar la evolución de las características de las personas que hoy en día realizan la conducta que el artículo 245.2 CP tipifica como delito. Lejos de formar parte de lo que se denominó el movimiento okupa y lejos de las reivindicaciones sociales que con dichos actos se realizaban, nos encontramos ahora con personas que estando en una situación de vulnerabilidad indiscutible se ven obligadas a ocupar viviendas para cubrir las necesidades que sufren. "Entre los criterios de interpretación de las leyes que enuncia el Código Civil, en su artículo 3, el principio de realidad sociológica o realidad social implica un conocimiento de la realidad social sin el cual sería imposible acudir al criterio interpretativo que este precepto erige. Así pues, lo que nos muestra hasta la saciedad la realidad social vigente es la ingente cantidad de viviendas vacías o desocupadas, en innumerables casos como consecuencia de las acciones de desahucio o de ejecuciones hipotecarias. Lo cierto es que esta situación está dando lugar a que se incremente el número de personas que, o bien

ceden las viviendas sin tener título legítimo para la cesión, o bien arriendan o subarriendan las mismas sin título para la cesión o arrendamiento. Se está creando de esta forma un mercado en el que personas carentes de techo pasan a ocupar esas viviendas en posesión de buena fe que da lugar a situaciones jurídicas como pueden ser precarista inicial, cesionario irregular, subarrendatario inconstituido, etc. Esta realidad social está produciendo fenómenos de situaciones posesorias de viviendas ajenas totalmente al Derecho Penal y al tipo delictivo de la usurpación, que está estructurado sobre un dolo directo en la acción del autor del tipo"¹⁹.

Así, la denuncia o querrela no puede prosperar cuando del resultado de las diligencias practicadas en sede de instrucción se desprenda indiciariamente que los imputados acceden al inmueble propiedad de la entidad denunciante al cedérselo su previo ocupante, obrando, en apariencia, sin conocimiento fehaciente sobre la verdadera titularidad del mismo. En este sentido, "tampoco puede prosperar la denuncia sin que de las diligencias practicadas pueda constatar-se que la entidad bancaria titular de la vivienda ha llevado a cabo actuaciones que supongan una exteriorización de tales facultades dominicales, resultando especialmente significativos los casos en que no existen requerimientos previos dirigidos a los imputados"²⁰. En estos casos, por tanto, la denuncia ha de archivar-se (auto 21 de julio de 2015. II 4 de Móstoles. Diligencias Previas 296/15).

En aquellos casos en que el ocupante piense erróneamente que existe un título jurídico que ampara su ocupación del inmueble, estaríamos ante un supuesto de error de tipo que excluiría la presencia de dolo y seguiría las reglas del art. 14.1 CP. Es decir, de ser invencible excluiría la responsabilidad criminal, mientras que el error vencible supondría el castigo a título imprudente. Como este delito no está previsto en su modalidad imprudente, el error de tipo vencible también daría lugar a la exclusión de la responsabilidad penal.

d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar que el mantenimiento en el edificio ha de ser "contra la voluntad de su titular"; voluntad que deberá ser expresa. En este sentido, es exigible un requerimiento formal de abandono. Resulta insuficiente para consumar el acto

19 Auto de 17 de octubre de 2015 del Juzgado de Instrucción 6 de Madrid.

20 En este caso así lo declararon ambos en sede judicial y se deriva igualmente del documento nº 2 aportado junto con la denuncia, donde a pesar de señalarse que dicho documento supone "la acreditación de todas las labores de mediación realizadas por esta parte, con anterioridad a la presentación de la presente denuncia", lo cierto es que examinada tal documental en la misma se refleja expresamente que no ha habido contacto con los moradores del inmueble, y que en la única visita girada en fecha 13.11.14 no se encuentra a nadie en la vivienda.

18 Auto de 21 de julio de 2015 del Juzgado de Instrucción 4, de Móstoles.

típicamente reprochable que las personas identificadas ocuparan una vivienda “careciendo de título jurídico alguno legitimador de tal ocupación” sobre la que se asienta la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia (ST 29.7.2016, AP Sección 2ª Valencia)²¹. Son numerosas las sentencias de las AAPP²² que exigen que, una vez la usurpación sea conocida por el legítimo propietario no poseedor, ha de manifestarle su oposición al usurpador, de modo que *“éste conozca sin ningún género de dudas que el mantenimiento de la ocupación no sólo no permitirá seguir adelante con una hipotética usucapión, sino que, además, podrá originar responsabilidad penal. Y es obvio que aquí el propio Código Penal, en virtud de los principios de coherencia y unidad anteriormente aludidos está haciendo referencia a las normas civiles que regulan la posesión y su recuperación, en su caso. Sólo entonces se realizan los presupuestos del tipo penal; sólo entonces cabe hablar de voluntad en contra del titular. La simple comunicación verbal no constituye oposición; la mera denuncia no puede ser interpretada tampoco como voluntad en contra del titular, porque aún no es indiscutida la titularidad del objeto ni la buena o mala fe del usurpador dado que la buena fe puede mantener la usurpación en términos de usucapión”*.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2007 (SP/SENT/675339) que establece que *“(...) expuesto lo anterior, efectivamente los acusados han reconocido la ocupación, pero no consta la voluntad inequívocamente contraria del propietario a tolerar la ocupación, el propio representante de la propiedad, Sr... manifiesta que no hizo nada para requerir a los acusados para abandonar la finca, y lo único que hizo fue acudir a la Guardia Civil para interponer denuncia que trae causa, tal y como se expresa en la sentencia recurrida, y de hecho no consta que con anterioridad se hiciera requerimiento alguno a los acusados, abandonando la finca en cuanto recibieron el requerimiento”*. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de junio de 2009, en la que, a pesar de que la acusada reconoce haber ocupado la vivienda en el mes de agosto de 2005 permaneciendo en ella hasta el 30 de abril de 2008, en el que fue desalojada, no obstante, el órgano judicial estima que *“con estos hechos no puede concluirse que la conducta de la recurrente cons-*

21 “Es significativo y relevante tener en cuenta que la investigación comienza por denuncia presentada el 12 marzo 2016 por don Miguel..., en nombre y representación de... S. L., a su vez apoderado de... S.A., al advertir que el inmueble sito en la calle , número..., que había adquirido por compraventa con subrogación hipotecaria el... noviembre..., se encontraba «ocupado ilegalmente por unas personas» de las que desconoce sus datos identificativos y que «podrían ser conflictivas y poner en peligro la seguridad y/o salubridad de los vecinos», sin que dicho inmueble constituyera la vivienda habitual por no reunir los requisitos de habitabilidad y sin que la sociedad propietaria tuviera arrendado dicho inmueble a nadie”.

22 Por todas, SAP Sevilla, Sección 3ª, de 13 de noviembre de 2003; JUR 2004\8263, que se transcribe parcialmente.

tituya un delito de usurpación del art. 254.2 CP, el cual según hemos expuesto antes, requiere la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después (“contra la voluntad del titular”) que en tal caso deberá ser expresa”.

e) Que el denunciante acredite la titularidad de la propiedad sobre la vivienda concreta. La insuficiencia de la investigación sobre los elementos característicos del eventual delito de usurpación, en concreto, “al carecer de acreditación tanto la situación de la finca o inmueble como la autorización expresa o tácita de la propiedad ante la petición formulada por los ocupantes, bien para la prórroga en la continuación de su uso, bien a las consecuencias derivadas de la solicitud de inscripción en el Programa extraordinario de alquiler de viviendas de interés social”, procede a la estimación del recurso de la defensa (Auto de 20.12.2013. AP Sección 2ª Valencia)

f) Que concorra dolo en el autor, que abarca el 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 ocupada²³. La realidad social está produciendo “fenómenos de situaciones posesorias de viviendas, ajenas totalmente al Derecho Penal y al tipo delictivo de la usurpación, que está estructurado sobre un dolo directo, puesto que el elemento subjetivo del injusto no admite la imprudencia, y mucho menos puede ser quebrado cuando se dan situaciones posesorias de buena fe” (Juzgado de Instrucción nº6 de Madrid, auto de 3 de noviembre de 2015). Si no concurre conciencia de la ilegalidad, la sentencia ha de ser absolutoria (ST de 29.7.2016 AP Sección 2ª Valencia).

g) Por otra parte, la segunda modalidad de conducta, de carácter omisivo, consiste en mantenerse en el inmueble, vivienda o edificio ajenos contra la voluntad del titular. Se trata de supuestos en los que la entrada u ocupación se ha llevado a cabo con autorización del titular, pero luego el sujeto activo se mantiene en ellos en contra suya, sin su consentimiento expreso o tácito. Por tanto, el comportamiento típico consiste en mantenerse ilícitamente en el inmueble cuando se ha entrado correctamente en él, de modo que el delito se consuma cuando requerido el sujeto por el titular para que lo abandone se niega a ello. También entrarían dentro de esta otra modalidad típica los supuestos en que habiéndose llevado a cabo la ocupación de forma pacífica se utiliza luego la violencia o intimidación para mantenerse en ella o evitar el desalojo²⁴.

23 STS 5169/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5169, Sala de lo Penal, de 12 de noviembre de 2014.

24 Una sentencia absolutoria en este sentido se expresa en los siguientes términos: “No está acreditado que el Banco Santander SA haya comunicado de forma expresa una voluntad con-

Como ya se ha indicado, desde los principios generales del Derecho Penal, no está suficientemente justificada la incriminación de ninguna de las conductas que contiene el artículo 245.2 CP, puesto que ya existen medios suficientes en el ordenamiento jurídico para proteger al propietario o al titular del uso de estos inmuebles, pero lo está mucho menos la conducta omisiva del inciso segundo toda vez que en ella se da una posesión legítimamente adquirida, por lo que solo deberían incluirse en el tipo aquellos supuestos en los que se hiciera uso de la violencia o intimidación para mantenerse en el inmueble o evitar el desalojo. No parece suficiente razón para la incriminación del ocupante la mera ineficacia de un requerimiento del titular.

Lo cierto es que establecida la delimitación del interdicto posesorio y el ilícito penal, y fijados los límites del “principio de intervención mínima”, queda reservada la intervención penal para los casos más graves, esto es, para los casos en que la perturbación de la posesión tenga mayor significación²⁵. A los demás supuestos de ocupación se debería poner fin mediante el ejercicio de la correspondiente acción civil. Criminalizarlos supone una utilización del Derecho Penal de forma instrumental para fines que ya cumple suficientemente la jurisdicción civil, cuando no en muchos casos una criminalización de la pobreza. En todo, caso, como señala la magistrada Álvarez Tejero, con la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Ciudadana LO 4/2015, se puede interpretar que el mencionado precepto 245.2 del Código Penal, está tácitamente derogado, pues la conducta ha sido despenalizada. Así, el art. 37.7 de la LSC, 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 pro-

traria a su permanencia en dicha vivienda a quienes la habitan. Está acreditado el hecho de la ocupación de la vivienda a partir de la declaración de los denunciados en el acto del juicio, sin que pueda concluirse una posible legitimidad de dicha ocupación a partir de la versión ofrecida por los denunciados –en virtud de la cual, una tercera persona, de la que no ofrecen más datos, les había alquilado el inmueble–, al no estar sustentada en un dato objetivo que la avale. No está probado que los denunciados ocuparan el inmueble en contra de la voluntad de la propietaria, manifestada de forma expresa en algún momento previo a la denuncia. En efecto, de la denuncia se desprende que el Banco Santander SA no conocía la identidad de los supuestos ocupantes, habiendo sido necesaria la incoación del procedimiento para la práctica de diligencias conducentes a su identificación, por lo que difícilmente el denunciante podría manifestar a los denunciados su oposición a la ocupación. FD 1.- La exigencia de este requisito (oposición a la ocupación manifestada por el propietario) y de otros se hace desde una lectura restrictiva del tipo, en un razonamiento que parte, como premisa, de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad que informan el Derecho Penal (J1 n°32 de Madrid, sentencia 48/15, de 14 de diciembre de 2015).

25 M^a. Álvarez Tejero, «A vueltas con el art. 245.2 del Código Penal. La usurpación delictiva o infracción administrativa», *Revista de jurisprudencia Lefebvre. El derecho*, 2 de junio de 2016.

pietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivos de infracción penal”. De la convivencia de ambos preceptos podría mantenerse que la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana supone una derogación tácita del artículo 245.2 del Código Penal, por ser una ley posterior de igual rango. Sin duda, la cautela se impone a la hora de interpretar al legislador; el hecho de que la derogación tácita no es habitual en el ámbito penal, y aunque no puede excluirse de forma tajante, siempre que se den todos los requisitos de identidad de preceptos, igual jerarquía normativa.

8. El estado de necesidad

La doctrina define el estado de necesidad como un estado de peligro actual para los intereses legítimos de una persona que solo puede ser evitado mediante la lesión de intereses legítimos de otro. Esto es, para salvar un bien jurídico o cumplir con un deber ha de resultar necesario, imprescindible e inexorable sacrificar otro, o incumplir un deber. Los requisitos que han de concurrir para apreciar la eximente de estado de necesidad son los siguientes:

- a. Que la lesión sea necesaria, proporcional e idónea para evitar el mal. La necesidad de lesionar un bien jurídico de otra persona o de infringir un deber, debe estar regida por los principios de necesidad, proporcionalidad o idoneidad y subsidiariedad. Por ejemplo, situaciones como la presente sirven para ilustrar el requisito de proporcionalidad: *“la recurrente alegó que ocupó el inmueble porque al dejarle su pareja no pudo afrontar el alquiler del piso donde residía, llevando una semana viviendo en un parque con sus cuatro hijos menores de su relación con don Elías, nacidos en 2001, 2002, 2004 y 2008, según copia del libro de familia, y a su sobrino el también menor Jesús María, y percibía 420 euros mensuales de ayuda familiar, según copia de la cartilla de su cuenta bancaria, lo que revela una situación de grave precariedad económica que repercute en menores, con lo que se cumple la proporcionalidad de los males* (Audencia Provincial de Madrid (Sección 1^a), núm. 260/2015 de 26 de mayo (JUR 2015\199105).

Por otro lado, al tratar sobre el elemento inicial de la necesidad, es preciso que concurra el requisito de la subsidiariedad, es decir, que la conducta típica se presente como la única alternativa posible para salvar los bienes en peligro, de tal manera que, si éstos pudieron haberse preservado con una conducta no lesiva conforme a derecho y

el sujeto no ha intentado acudir a estas vías alternativas, no cabría la justificación. (Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), Sentencia núm. 48/2016 de 15 de febrero. En esta sentencia se aprecia la eximente incompleta con el siguiente fundamento: “*Se trata de una mujer, madre de dos hijos de 12 y 9 años de edad, que según ha manifestado vivía antes en el domicilio de su madre, donde vivía en compañía de otros familiares y donde no tenían capacidad suficiente para todos. Que por este motivo se tuvo que ir a esta vivienda que estaba abandonada, dado que no tenía ni puertas ni ventanas. Que carece de recursos, teniendo dos niños pequeños a su cargo, y que vivía de lo que le daba su madre. Consta por la consulta al Punto Neutro Judicial que la acusada no es titular de actividad económica alguna, que no figuran datos de percepción de ingresos a su nombre en la AEAT, que no tiene fondos de inversión a su nombre, que no es titular de inmueble alguno, que no es titular de vehículo alguno, que no percibe prestación alguna y no tiene dinero en las cuentas bancarias. Ciertamente la acusada no ha acreditado que haya agotado todas las posibilidades de asistencia social y de ayudas institucionales para evitar el tener que vivir en la calle, pero la realidad es que se está exigiendo a una persona que carece de recursos personales una diligencia que en su caso es de muy difícil cumplimiento. En estos casos en los que sí está acreditada la situación de necesidad, aunque no se haya acreditado suficientemente la subsidiariedad, se considera que lo adecuado es acoger al menos la eximente incompleta*”²⁶.

En este mismo requisito, pero en otra línea argumentativa, “si bien los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41 de la Constitución Española), lo cierto que dicho enunciado constituye un principio rector de política social y económica, que sólo inspira e informa la actuación de las

26 Es preciso que, en la esfera personal, profesional, familiar y social, que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto. Así su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª), núm. 260/2015 de 26 de mayo (JUR 2015\199105) aprecia la eximente incompleta porque el acusado vivía en la calle teniendo a su cargo a cuatro hijos pequeños, contando únicamente con 420 euros mensuales de ayuda, no habiendo agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto, antes de proceder antijurídicamente, como haber acudido a cualquiera de las instituciones públicas en solicitud de vivienda.

Administraciones Públicas (art. 53.3 de la Constitución). Pero, además, según dicho precepto, el reconocimiento, respeto y protección de tal principio inspira e informa también la práctica judicial, lo que supone no ser aceptable desviar la atención de un poder a otro para la protección de situaciones de necesidad. Es cierto que determinada jurisprudencia ha exigido, en atención del criterio de inevitabilidad del mal propio del estado de necesidad, que conste que no haya alternativa posible al derecho a la vivienda digna más que la denominada “ocupación” (SAP de Sevilla -Sección 1ª- 458/2001 de 6 septiembre, y las que en ella se citan), pero debe quedar constancia de esta alternativa viable. En este caso, sólo consta la aseveración de los acusados, no desvirtuada por la acusación, de que fueron desalojados de una vivienda social anterior” (Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), Sentencia núm. 184/2014, de 25 de junio).

- b. Que el mal causado no sea de mayor entidad que el que se trata de evitar, teniendo en cuenta que no solo influye el valor del bien jurídico lesionado, sino también la forma en que se lesiona. El mal causado (infracción de la facultad de goce que incorpora todo derecho de propiedad) puede no ser mayor que el que se trata de evitar (derecho a la vivienda), con independencia del grado constitucional de cada uno de estos derechos, si el propietario de la vivienda no hace uso de la misma, por sí o por tercero con título. Una posible mayor jerarquía entre el derecho de propiedad (art. 33 de la Constitución) y el derecho a la vivienda digna (art. 47 de la norma constitucional) queda mitigado en la medida en que, libre la vivienda y no alquilada, el derecho de propiedad no cumple con su función social en este caso (SAP de Barcelona - Sección 10ª- 622/2005, de 20 junio). “*La ponderación ha de realizarse teniendo en cuenta la intensidad y significación del peligro en que se fundamenta la necesidad, así como el ataque con que se intenta conjugarlo. Los bienes jurídicos en conflicto son el derecho de propiedad y el mantenimiento del orden social que ello lleva consigo y el derecho a una vivienda digna de todas las personas, sobre todo la más desamparada*”²⁷ (Audiencia Provincial de Madrid (Sección

27 Para examinar el conflicto entre ambos bienes jurídicos es necesario ver si la acusada tenía otras opciones distintas a acudir a una vivienda desocupada y cambiarle la cerradura para así tomar posesión de forma ilícita en la misma. En verdad, el sistema social de ayuda a las personas necesitadas y a las mujeres con hijos menores es muy amplio y siempre hubiera tenido la posibilidad de acudir a estos sistemas de ayuda social, como casa de acogida -sobre todo si fue expulsada del domicilio donde residía con el padre de su hija y toda su familia- servicios sociales del ayuntamiento,

15ª), Sentencia núm. 234/2004 de 28 de mayo (JUR\2005\268564). Si lo que se trata de enjuagar con esa ocupación de un inmueble vacío sin tener título para ello, es que unos menores vivan y pernocten en la calle o en un coche, entendemos que ese interés de los menores, interés de integridad personal y humana, debe estar por encima de la protección de un inmueble con interés patrimonial, pero no personal ni humano Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª), Sentencia núm. 49/2005 de 22 de abril (ARP 2005\187).

- c. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. No es difícil acreditar estas situaciones de absoluta necesidad de un techo cuando existen menores. No creemos que sea directamente imputable a los padres que carecen de trabajo y, por tanto, de ingresos económicos.
- d. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse²⁸. Cuando hay menores, quienes ocupan ilegalmente una vivienda están obligados, por las funciones inherentes a la patria potestad, a procurar la asistencia de sus hijos menores de edad (art. 39 de la Constitución), (Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), Sentencia núm. 184/2014, de 25 de junio (JUR 2014\275547).
- e. Que el ánimo de actuar del sujeto activo se concrete en la necesidad de evitar un mal. Esto es, que la motivación de la ocupación sea evitar la situación de carecer de medios y vivienda.

La eximente debe ser alegada en el momento procesal oportuno; y acreditada. “La defensa de los acusados debe acreditar que por cualquier medio de prueba admisible en derecho tal estado de necesidad, y que dicho estado haya influido de manera directa y eficaz en la conducta desplegada por los acusados, en este caso, en la ocupación ilegal de una vivienda (AP Madrid (SECCIÓN 23ª), Sentencia núm. 117/2016, de 16 de febrero (JUR\2016\75863).

etc. Es decir, las opciones que ofrece el sistema social de ayuda hasta que se le otorgue otra solución más definitiva son varias y múltiples y debió ponerlos en práctica la acusada antes de llevar a cabo el acto ilícito de entrar por la fuerza en una propiedad ajena, motivo por el cual no se puede estimar que concurra la eximente completa de estado de necesidad del artículo 20.5 CP. Distinta ha de ser la valoración de la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad, pues las circunstancias descritas relativas a la hija menor que convive con la acusada padeciendo las deficiencias físicas que constan probadas y el hecho de no tener familiares próximos que puedan ayudarlas nos lleva a considerar probada la eximente incompleta de estado de necesidad del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.5, ambos del Código Penal.

²⁸ SAP de Madrid 117/2016, de 16 de febrero de 2016, FD 1ª.

Por último, desde un punto de vista penológico, hay que tener en cuenta que, aunque el art. 66.2 CP, en la redacción que le ha otorgado la LO 1/2015, establece que “*en los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior*”, la exclusión de la aplicación del art. 66 CP no tiene la misma extensión que la que se preveía en el derogado art. 638 CP para las faltas²⁹. Desaparece -como admite la repetida Circular de la FGE, apdo. 7.2- “*la obligación de respetar el límite mínimo nominalmente asignado, que se hace permeable en sentido descendente en las formas imperfectas de ejecución y participación (arts. 62 y 63 CP) y en los supuestos de eximente incompleta (art. 68 CP), conforme a las reglas de dosimetría penal establecidas en el art. 70.1.2ª CP*”.

9. Claves de intervención para la defensa

9.1. Acreditar la situación de necesidad de la vivienda. Por ejemplo, “los imputados mantienen que no tienen adónde acudir para vivir con sus hijos; y que llevaban unos días viviendo en un coche. [...] Si esa manifestación fuera poco, no podemos negar esa necesidad cuando el propio secretario del Imas, dependiente del Ayuntamiento de Cáceres certifica que ya llevaba trabajando unos meses con esta misma familia, y que ellos mismos le habían aconsejado la oportunidad de solicitar una vivienda social (f. 50). Lo que ya de por sí pone de manifiesto la necesidad de esa vivienda como tal. Si a ello añadimos que conforme al informe levantado por los policías locales que intervinieron, esta misma familia había sido desalojada el día anterior de otro inmueble, poniendo éstos siempre de manifiesto la necesidad de un lugar donde resguardarse con sus hijos. No podemos sino después de todas estas circunstancias, declarar probada la necesidad de un techo para esa familia”. Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2ª), Sentencia núm. 49/2005 de 22 de abril (ARP 2005\187).

9.2. Acreditar la precariedad a través de informes sociales, documentación médica, familiar, testifical, también es interesante aportar documentos que acrediten que la persona que no es titular de actividad económica alguna, que no figuran datos de percepción de ingresos a su nombre en la AEAT, que no tiene fondos de inversión a su nombre, que no es titular de inmueble alguno, que

²⁹ Art. 638 CP (derogado): “*En la aplicación de las penas de este Libro [III] procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código*”.

no es titular de vehículo alguno, que no percibe prestación alguna y no tiene dinero en las cuentas bancarias³⁰. Esto hay que aportarlo antes del juicio, o si no es posible, en el mismo acto del plenario. Los abogados han de tener especial interés en la búsqueda de esta documentación con sus defendidos. Si no existen informes, la eximente no puede apreciarse³¹ (Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), Sentencia núm. 335/2013, de 12 junio (ARP 2013\1265)).

Además de acreditar la situación de precariedad económica de los ocupantes de la vivienda ante el juzgado, y en su caso, ante las entidades financieras, de cara a la tramitación de un posible alquiler social, es necesario conocer los ingresos mensuales. Por esta razón, es importante recabar todos los documentos probatorios posibles que acrediten el cobro de ingresos de forma continuada:

- Si existe separación, divorcio, o convenio regulador acreditar que efectivamente se percibe la pensión pactada.
- Si se cobra en “b”, obtener la declaración jurada de los empleadores que acredite la cantidad que el ocupante percibe. Es importante que la declaración la realice el empleador, no siendo suficiente con que lo declare el ocupante.

30 El perfil de persona acusada por este delito se encuentra en situación de exclusión social, cuyos ingresos económicos suelen provenir de la Renta Mínima de Inserción (Se ha de tener en cuenta que la referida Renta Mínima de Inserción (REMI) se denomina de distinta forma en cada Comunidad Autónoma, variando también los requisitos exigidos para su concesión y el importe de la misma. Por ello, cabe prestar especial atención a las circunstancias concretas de quienes ocupan cada vivienda, para atender a la realidad de su situación, así como de las prestaciones sociales a las que disponen o no de acceso). Para percibir ésta, se reconoce que el solicitante ha de carecer de recursos económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de la vida. Cuando las instituciones públicas están reconociendo la insuficiencia y falta de recursos económicos de una persona para hacer frente a “las necesidades básicas de la vida” resulta alarmante que el sistema de justicia no disponga de medios para reconocer esa situación y aplicar la legislación vigente de forma proporcionada y ajustada a la realidad. La situación de infractores en el proceso penal de estas personas en situación de pobreza y de víctimas de las entidades bancarias choca con la vigente realidad social.

31 “El estado de necesidad no puede calificarse como eximente, ni completa ni incompleta, pues las circunstancias de los acusados no eran tan precarias como para justificar totalmente su conducta; así faltando su declaración en el acto del juicio y falta de documentación al respecto únicamente contamos con las declaraciones que prestaron los mismo en sede policial donde relataron desde el verano de 2009 no tenían trabajo, que únicamente contaban con la ayuda familiar de 420 euros que también se le agotaba al mes siguiente y que con anterioridad habían estado durmiendo con el hijo menor de dos años, en la calle en casas de amigos y con la madre de Trinidad en una pequeña cama. A los agentes de policía les manifestaron que no tenían dinero y que necesitaban una vivienda para dormir con su hijo; no se ofrecen datos concretos que justifique la necesidad imperiosa de invadir la propiedad ajena. Y no se acredita de ningún otro modo -informes sociales, documentación médica o familiar de todo tipo, testifical, etc.- que los acusados no tuvieran otra opción que entrar en la vivienda ocupada para satisfacer la necesidad que alega”. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 9ª), Sentencia núm. 335/2013, de 12 junio (ARP 2013\1265).

9.3. Acreditar el intento de los acusados de conseguir por todas las vías posibles una vivienda. Para ello los abogados deben orientar a sus defendidos sobre la forma de solicitar estas viviendas y recursos sociales. Los informes de los trabajadores sociales de los distritos y barrios de las ciudades y pueblos son esenciales, antes del juicio. Así, la más sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 9 de mayo de 2008 viene a negar el estado de necesidad porque “sin dejar de reconocer la precaria situación que razonablemente debe anudarse a quien ocupa una propiedad ajena para residir en ella, no existen pruebas que acrediten que no hubieran podido solucionar sus problemas acudiendo a instituciones públicas o privadas destinadas paliar tales situaciones de penuria”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de enero de 2011, y a propósito de la carga de la prueba de esta causa de justificación, establece que ésta “no puede deducirse, a modo de presunción, de las aparentes dificultades económicas por las que atravesaba la acusada, pues necesariamente ha de exigirse, además, que se hayan agotado todas las posibilidades que pudieran existir -sociales, asistenciales o de cualquier otra clase- para la solución del problema de la vivienda que le afectaba, lo que, en el caso analizado, no ha ocurrido” (criterio clásico empleado para observar la conducta del llamado hurto famélico).

9.4. Acreditar la convivencia con hijos menores o familiares enfermos con documentos oficiales. Cuando las entidades bancarias exigen, para acreditar este hecho, el certificado de empadronamiento también puede presentarse un certificado expedido por la policía en el que se ponga de manifiesto quiénes son las personas que conviven en el inmueble ocupado. Como en las diligencias previas se suele practicar la identificación de los ocupantes, la emisión de este documento, cuando sea necesario, ha de poder realizarse sin impedimentos.

9.5. Acreditar si la vivienda ocupada estaba vacía y si era titularidad de una entidad financiera. Una posible mayor jerarquía entre el derecho de propiedad (art. 33 de la Constitución) y el derecho a la vivienda digna (art. 47 de la norma constitucional) queda mitigado en la medida en que, libre la vivienda y no alquilada, el derecho de propiedad no cumple con su función social en este caso (SAP de Barcelona - Sección 10ª- 622/2005, de 20 junio), ni la ocupación supone un deterioro en el ejercicio de la posesión natural o de hecho, puesto que el propietario no la estaba ejerciendo.

9.6. Acreditar la forma de acceso a la vivienda en caso de que un tercero la haya alquilado, aunque posteriormente se conociese que se hizo de forma fraudulenta.

9.7. Acreditar que no ha existido voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble. Esto es, que ha recibido noticia del propietario para que abandone la vivienda.

10. Propuesta de buenas prácticas

10.1. Con instrumentos de Justicia restaurativa (servicios de mediación), intentar obtener un acuerdo en el que las familias en situación de precariedad económica puedan obtener de las entidades financieras propietarias de la vivienda un alquiler social. Cuando se dan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la presencia de este delito y que se han analizado en este documento, la única salida para evitar la condena es que el abogado negocie un “alquiler social”. Este acuerdo beneficia a las dos partes. A quien habita la casa porque puede legalizar su situación por una cantidad de dinero asumible; a las entidades bancarias porque están obteniendo un rédito y, en último extremo, están cuidando de la casa, que puede volver a ser ocupada. Como estos trámites pueden ser lentos la defensa tiene que solicitar un aplazamiento del juicio. Para ello sería importante que las entidades financieras creasen equipos negociadores con competencia y autonomía suficiente para poder tramitar alquileres sociales o alternativas habitacionales con las personas en situación de ocupación pacífica que tengan la posibilidad de acogerse a estas vías.

10.2. No es posible acordar un lanzamiento sin que exista una alternativa habitacional para la persona acusada. Por ello, de acordarse, el abogado defensor debería solicitar la suspensión del lanzamiento acordado como medida cautelar (en su caso) o en la sentencia, para buscar una alternativa habitacional pública.

10.3. Colaboración con los servicios sociales. Todas las líneas de defensa que se esbozan podrían tener un respaldo decisivo con los informes públicos de los servicios sociales competentes de cada territorio. Estos servicios cuentan con un variado cuerpo de informes para los distintos supuestos y requerimientos que se le presentan, (normalizados para todos los territorios y elaborados con criterios académicos y científicos) en los que se recogen todos y cada uno de los extremos que arriba se reseñan respecto a los requisitos del estado de necesidad. La rigurosidad de los informes que los servicios sociales emiten proviene de no quedar limitados a la información que “voluntariamente” los usuarios faciliten, sino que, en su elaboración, se recoge información de

organismos públicos y privados, oficiando a distintas administraciones públicas e instituciones privadas para recabar datos necesarios (Hacienda, oficina de la vivienda, Cáritas...). Pero no solo ello, para emitir dichos informes, el trabajador social hace una labor “de campo”, yendo a la vivienda en cuestión, hablando con vecinos, familiares... a fin de constatar sobre el terreno las circunstancias fácticas de la realidad diaria que provoca dicha ocupación, motivos todos ellos, que con la debida privacidad, se recogen en el informe que se emite, y que confiere a éste un valor insustituible y fundamental; dicho valor queda especialmente refrendado, por el carácter público del trabajador que lo realiza. Generalmente, los servicios sociales correspondientes suelen tener ya un historial de la persona-familia en cuestión, dado que estos suelen haber acudido antes a servicios sociales solicitando ayudas de todo tipo. Como arriba se apuntaba, en estos servicios existe constancia de la falta de recursos, de la búsqueda que de los mismos realizan sus integrantes, mediante las distintas solicitudes de empleo realizadas y el fruto de las mismas, así como de la situación de necesidad a que se ven abocados para irrumpir en una vivienda vacía, como último recurso, y como consecuencia de haber agotado todas las coberturas públicas y privadas existentes³².

En Granada mediante un protocolo de desahucios que se firmó entre Ayuntamiento y Diputación de Granada con el Juez Decano en 2013 se ha conseguido que centenares de familias, objeto de acuerdo judicial de lanzamiento, hayan podido disponer de una vivienda alternativa utilizando el sistema apuntado, esto es el de dar conocimiento a Servicios Sociales, con una antelación de 15 a 30 días, al día señalado para tal diligencia.

En la elaboración de este protocolo, Servicios Sociales insistió siempre en la necesidad de contar con un plazo mínimo de dos semanas para poder hacer un informe que recogiese, pormenorizadamente, todos y cada uno de los extremos arriba apuntados, y por los que cabría integrar a la persona/familia en cuestión, dentro de una situación de exclusión social y económica.³³ Dicho lo anterior, resulta imprescindible, en nuestro caso, reclamar, cuanto antes, del juez/a en cuestión que solicite de servicios sociales el informe expresado.³⁴ La variedad de supuestos que se dan en este tipo de ocupaciones es grande y la

³² Ha sucedido que Servicios Sociales en algunos casos, y por falta de medios para poder dar techo a una familia, ha tenido que separar éstas; así el hombre ha tenido que ir a un piso y la madre y los hijos a otro, llegando en algunos casos a separar incluso a los hijos de las madres.

³³ Situación en la que los medios públicos y familiares carecen de la posibilidad de dar amparo de forma global a la situación económica básica de la persona en cuestión.

³⁴ En estos casos, en muchas ocasiones la rigidez procesal del Juzgado, y de las partes contendientes, se ha visto atemperada de forma decisiva una vez que el informe social completo

aplicación del tipo penal no puede ignorar este hecho. De otra parte, no poder acceder a este informe público por parte de quien no puede de otra forma acreditar tales extremos podría estar lesionando derechos fundamentales, creando situaciones fácticas de indefensión, aspecto cuya salvaguarda compete de forma especial al Ministerio Fiscal.

10.4. Solicitar al juez que haga uso de la potestad que le permite el art. 4.3 del Código penal. A saber: “3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

10.5. Los magistrados; en caso de que exista una deficiente defensa en los extremos de la concurrencia de los elementos del delito del art. 254.2 CP, pueden acudir a “la voluntad impugnativa” para valorar si los hechos declarados probados son o no constitutivos de un delito de usurpación. Como recuerda la STS 2ª de 19 de Julio del 2011 -ROJ: STS 5632/2011- la voluntad impugnativa permite en beneficio del reo corregir cualquier error de derecho que se observe en la sentencia, aunque no se hubiese recurrido. Por la vía de la doctrina de esta Sala sobre voluntad impugnativa -SSTS 306/2000 de 22 de febrero, 213/2001 de 6 de febrero, 268/2001 de 19 de febrero y 715/2000 de 19 de abril, entre las más recientes-, “se permite a la Sala de Casación corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado” (ST AP Valencia 25.04.2013 Sección 2ª).

11. Propuesta de *lege ferenda*

11.1. Propuesta de reforma y justificación

La realidad descrita a lo largo de este artículo es injusta. El poder legislativo no debería permanecer indiferente, al menos frente a aquellos supuestos en los que la persona acusada de usurpación tiene menores o personas especialmente

ha tenido entrada; al constatarse la situación de exclusión e impotencia incontestables en que se encuentran las personas objeto del proceso.

vulnerables que necesitan protección o ella misma se encuentran en una situación de vulnerabilidad. El legislador no puede permanecer ajeno a la necesidad de una la modificación del art. 245.2 del Código penal para dar una respuesta acorde a estas situaciones especiales, respuesta que la norma no ha previsto.

Para ello se propone la introducción en el art. 245.2 del Código penal de una excusa absolutoria para que los casos en que el perjudicado no sea un particular, sino una entidad bancaria, financiera o análoga y el procesado tenga a menores o personas vulnerables a su cargo o actúe impulsado por una situación de precariedad económica. El tenor de la excusa absolutoria propuesta sería el siguiente:

“Cuando el perjudicado no fuese un particular y el autor hubiese actuado impulsado por una situación de precariedad propia o de menores u otras personas vulnerables, el abandono del inmueble producido desde la comunicación de la incoación del proceso y con antelación al juicio oral excluirá la responsabilidad penal”.

La propuesta se articula técnicamente a través de una excusa absolutoria, dogmáticamente incluíble en la punibilidad. Las excusas absolutorias no eliminan la antijuridicidad del hecho ni la imputación personal, tan sólo impiden la imposición de la pena por razones de conveniencia u oportunidad político-criminal. Algunas excusas absolutorias se denominan *causas de levantamiento de la pena* porque la impunidad responde al comportamiento positivo post delictivo del sujeto. Así sucede en la convalidación posterior del matrimonio inválido (art. 218. 2), en la regularización de la situación tributaria (art. 305.4) o de la situación ante la Seguridad Social (art. 307.3), el reintegro de cantidades recibidas en el fraude de subvenciones (art. 308.5) o en la evitación de propagación del incendio (art. 354.2). Si nuestro Código penal renuncia a la pena cuando quien ha defraudado a la Hacienda Pública más de ciento veinte mil euros, reintegra dicha cantidad, mal se entendería que no diera la respectiva oportunidad a quien ha ocupado un bien inmueble acuciado por una situación de precariedad y vulnerabilidad, y ha abandonado la vivienda, recuperando el denunciante la posesión de la misma. Se trata, pues, de una excusa absolutoria que potencia un comportamiento positivo que permite la satisfacción de los derechos de las entidades denunciantes y ahorra los elevados costes económicos y humanos que supone la sanción penal y el trauma del desahucio forzoso.

La anterior es nuestra propuesta de reforma y su motivación. Entendemos que es la reforma pertinente y que la introducción de la consignada excusa absolutoria no produce ninguna merma del efecto preventivo general de la norma, dado que, en primer lugar, ésta resulta perfectamente aplicable a quienes

ocupan viviendas en situaciones y por motivaciones diferentes a las indicadas, como sucede con el fenómeno *okupa*. En segundo lugar, la aplicación de la excusa absoluta depende de que el juez entienda que en el caso concreto concurren las situaciones de penuria y vulnerabilidad requeridas por el precepto, por lo que no podrá contarse a priori con la exención de pena. Por último, la escasa gravedad e injusto material de estos comportamientos y el agravamiento de la exclusión social que conlleva la aplicación de sistema penal en estos casos, demandan un mandato claro unívoco por el poder legislativo. Por ello la reforma que se considera pertinente es la ya consignada. No obstante, para el caso de que dicha propuesta sea rechazada, se sugiere, subsidiariamente, la siguiente propuesta de reforma del art. 245.2 CP:

"Los tribunales, en atención a las circunstancias concurrentes, podrán renunciar a la imposición de la pena cuando el autor hubiese actuado impulsado por una situación de precariedad propia o de menores u otras personas vulnerables y hubiera abandonado el inmueble con antelación al juicio oral"

Habida cuenta de que la propuesta alternativa deja al arbitrio judicial la imposición de la sanción penal, en atención a las circunstancias concurrentes, no resulta imprescindible restringir la posibilidad a los casos en que los propietarios sean bancos o entidades análogas.

11.2. Principios informadores y conformadores del derecho positivo tenidos en cuenta

La protección de menores, de discapacitados y, en general, de personas o colectivos especialmente vulnerables se integra en el marco constitucional desde la perspectiva en que se contempla en el Capítulo III, Título I de la Constitución española, particularmente, en sus artículos 39, 48, 49 y 50, y es consecuente con los principios del derecho internacional de los derechos humanos incluidos en todas las declaraciones de derechos, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con un carácter más concreto, tanto la Convención Internacional de los derechos del niño como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ambas ratificadas por España y que, por tanto, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, introducen en nuestro sistema un criterio hermenéutico o de resolución de derechos en conflicto que prioriza el interés del menor y del discapacitado, al tiempo que se han erigido en directrices políticas para la toma de decisiones por parte de todos los poderes públicos.

La introducción de este precepto en el Código Penal responde a tales requerimientos legales y da cabida en un texto positivo tradicionalmente definido como "la Constitución en negativo" a un criterio correctivo de los riesgos de segregación social que tanto comprometen la calidad del propio sistema democrático, para armonizar la necesidad de protección de bienes jurídicos de relevancia mediante el ejercicio del *ius puniendi*, con el reconocimiento y respeto de los derechos sociales constitucional y legalmente reconocidos.

11.3. Texto de la propuesta de modificación del art. 242. 2 del Código penal

Con la redacción propuesta, el art. 245.2 CP tendría el siguiente tenor literal:

Art. 245.2. "El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Cuando el perjudicado no fuese un particular y el autor hubiese actuado impulsado por una situación de precariedad propia o de menores u otras personas vulnerables, el abandono del inmueble producido desde la comunicación de la incoación del proceso y con antelación al juicio oral excluirá la responsabilidad penal".

A los efectos de acreditación de la situación anterior, se potenciará la utilización de instrumentos de Justicia restaurativa.

Por lo argumentado en el epígrafe anterior, esta es la propuesta que se considera apropiada. No obstante, para el caso que dicha propuesta sea rechazada, se sugiere la siguiente propuesta subsidiaria de reforma del art. 245.2 CP:

"Art. 245.2. "El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. "Los tribunales, en atención a las circunstancias concurrentes, podrán renunciar a la imposición de la pena cuando el autor hubiese actuado impulsado por una situación de precariedad propia o de menores u otras personas vulnerables y hubiera abandonado el inmueble con antelación al juicio oral".

**ANA LLANO TORRES
CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA
ARACELI DEL POZO ARMENTIA
(COORDINADORAS)**

**INNOVACIÓN EDUCATIVA
Y JUSTICIA RESTAURATIVA
EN LAS FACULTADES
DE DERECHO Y EDUCACIÓN**

Editorial Dykinson

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 1970 / 9327 20407

Este libro ha sido sometido a evaluación
por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Los autores
© Editorial Dykinson
Madrid, 2021

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-836-5
Depósito Legal: M-29100-2021

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Impreso por:
Safekat, S.L.

Índice

INTRODUCCIÓN	9
LA UNIVERSIDAD COMO COMUNIDAD DE APRENDIZAJE Y VIDA COMPARTIDA: LA EXPERIENCIA DE DOS PROYECTOS DE INNOVACIÓN EDUCATIVA SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA.....	13
<i>Ana Llano Torres</i>	
NUESTROS ALUMNOS DE DERECHO Y EDUCACIÓN: LOS PROTAGONISTAS DE AMBOS PROYECTOS	
I. DEL APRENDIZAJE DE LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA HERRAMIENTA DE LA CNV A LA ENCARNACIÓN EN LA EXPERIENCIA PROPIA TRABAJANDO EN EL PIE.....	41
<i>Marta Escat Juanes y Alicia Beneite Almeida</i>	
II. EL IMPACTO DEL PROYECTO DE INNOVACIÓN EN LOS ESTUDIANTES DE EDUCACIÓN: EXPERIENCIAS Y REFLEXIONES DE LOS ALUMNOS.....	53
<i>Rocío Nicolás López y María Casas Bañares</i>	
III. LA EXPERIENCIA DE LOS ANTIGUOS ALUMNOS DE LAS PROFESORAS DE DERECHO EN EL PIE	61
<i>Anna di Giorgi</i>	
UNA RED DE RELACIONES QUE HAN ENSANCHADO EL HORIZONTE DE NUESTROS ALUMNOS	
I. CESAL Y LOS JÓVENES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: UN EDUCADOR Y DOS MARROQUÍES	75
II. EL TESTIMONIO DE UN MUSULMÁN QUE TRABAJA EN CESAL: « PROYECTO VOLAR»	81
III. UNA UNIVERSITARIA ACOMPAÑA EN EL ESTUDIO A JÓVENES CON DIFICULTADES.....	85
<i>Clara Gerez Giménez-Arnu</i>	

IV. UN INICIO PARA TODOS: UNINICIO	89
<i>Ignacio Blasco Barrientos</i>	
V. LA EXPERIENCIA EN LA PLAZA DE LOS OFICIOS DEL COLEGIO NICOLI .	93
<i>Fátima Marqués Pinheiro</i>	
TRES ABOGADOS QUE CON GRATUIDAD INAUDITA NOS HAN ASESORADO Y ACOMPAÑADO	
I. LA MIRADA AL SER HUMANO CON LA QUE DESEAMOS IMPLEMENTAR LA JUSTICIA RESTAURATIVA	99
<i>Pilar González Rivero</i>	
II. LA TERNURA EN LOS OJOS DEL ASESINO. UNA EXPERIENCIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA	113
<i>Alicia Pérez Yagüe</i>	
III. ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE OCUPACIÓN DE VIVIENDAS: APORTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y ARGUMENTOS DE DEFENSA CUANDO EL PERJUDICADO ES UNA ENTIDAD BANCARIA.....	121
<i>Julián Carlos Ríos Martín</i>	

