

Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad

Núria Mirapeix Lacasa

Doctora. Abogada Penalista

MIRAPEIX LACASA, Núria. Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-22, pp. 1-41. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-22.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-22(2018), 21 nov]

RESUMEN: El objeto de este artículo es tratar las eximentes que pueden ser de aplicación en los casos de ocupaciones de inmuebles llevadas a cabo por motivos de necesidad. Por tanto, no van a tratarse las ocupaciones realizadas por motivos ideológicos. Si bien, en su origen, la ocupación de inmuebles estaba muy vinculada a motivos ideológicos, en el actual periodo de crisis cada vez han cobrado mayor importancia las ocupaciones llevadas a cabo por necesidad. Por otra parte, aunque las usurpaciones ideológicas pueden plantear cuestiones teóricas importantes en el ámbito de las eximentes en relación a la delincuencia por convicción, en la práctica no cabe la aplicación de ninguna eximente de forma generalizada en estos supuestos. Por el contrario, sí que es posible la apreciación de eximentes en relación a algunos supuestos de ocupación por motivos de necesidad. Por ello el estudio de las eximentes respecto de estos casos de ocupación tiene una mayor importancia desde un punto de vista práctico.

PALABRAS CLAVE: Ocupaciones de inmuebles, eximentes, motivos de necesidad, aumento correlativo a la crisis económica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the defenses that may be applicable in cases of real state squat carried out for reasons of necessity. Therefore, real state squats carried out for ideological reasons are not going to be treated. Although, in its origin, real estate squat was closely linked to ideological reasons, in the current period of crisis, real state squat carried out by necessity have become increasingly important. On the other hand, although ideological usurpations can raise important theoretical issues in the field of defense in relation to crime by conviction, in practice there is no possible to apply any exemption in a generalized manner in these cases. On the contrary, it is possible to assess exemptions in relation to some cases of occupation for reasons of necessity. Therefore, the study of the defenses regarding these cases of real state squat is of greater importance from a practical point of view.

KEYWORDS: Real state squat, defenses, reasons of necessity, increase in the current period of crisis.

Fecha de publicación: 21 noviembre 2018

SUMARIO: I. Introducción. II. Las ocupaciones realizadas por necesidad. 1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna. 2. La necesidad real de vivienda. El estado de necesidad. 2.a. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 cp. 2.a.a. Situación de necesidad. Existencia de un mal inminente. 2.a.b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2.a.c. Subsidiariedad. 2.a.d. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el propio sujeto. 2.b. Análisis de la casuística jurisprudencial. 2.b.a. Eximente completa, incompleta y atenuante analógica. 2.b.b. Apreciación de la eximente por la jurisprudencia. 2.c. Conclusión y toma de postura. 2.c.a. Crítica a la jurisprudencia. 2.c.b. Estado de necesidad defensivo. 3. El miedo insuperable (art 20.6 cp). III. La conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición. Bibliografía. Referencias normativas. Resoluciones judiciales y jurisprudencia

I. Introducción

Pese a que la doctrina distingue, en el marco de las exenciones, entre aquellas que constituyen una causa de justificación y las que son motivo de exención de la responsabilidad¹, lo cierto es que en nuestro Código Penal el artículo 20 recoge una relación de causas de exención de la responsabilidad criminal y no hace mención alguna a los posibles motivos de exclusión de la pena. Esta misma opción normativa halla también reflejo en la jurisprudencia. En efecto, en las resoluciones de las Audiencias, cuando se aprecia la concurrencia de una eximente en relación a un supuesto de usurpación pacífica de inmuebles, en ningún caso se especifica qué categoría del sistema del delito se ve afectada por la misma.

Atendiendo a lo anterior, el presente epígrafe no va estructurarse en función de la distinción entre causas de justificación y motivos de exclusión de la responsabilidad. Es decir, no van a exponerse, por un lado, las causas de exclusión de la antijuridicidad que pueden apreciarse en relación a las usurpaciones de inmuebles y, por otro, las exenciones que pueden afectar a la responsabilidad criminal del sujeto que realiza cualquiera de las conductas objeto de estudio. Por el contrario, el punto de partida va a ser la diferenciación entre las ocupaciones realizadas por necesidad y las usurpaciones que tienen su base en motivos ideológicos. Atendiendo a esta distinción, va a centrarse el análisis en aquellas exenciones que pueden ser de aplicación a las ocupaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad, por ser las que tienen un mayor interés desde un punto de vista práctico².

No obstante haber optado por el tratamiento unitario de las eximentes, se efec-

¹ Tal distinción se deriva de la estructuración del delito que ha elaborado la dogmática del derecho penal. Tal y como expone ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 193, "(...) existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad".

² Las usurpaciones llevadas a cabo por motivos ideológicos plantean interesantes cuestiones teóricas en materia de eximentes en relación a la delincuencia por convicción, pero no carecen de aplicación práctica. Este tema se trata en profundidad en MIRAPEIX LACASA, N., *La usurpación pacífica de inmuebles*, Tesis doctoral, Pompeu Fabra, 2016.

tuarán las oportunas referencias doctrinales relativas a la consideración de cada eximente como causa de justificación o como motivo de exclusión de la culpabilidad³. Esta mención es de interés, en la medida en que la justificación de una conducta implica su conformidad con el ordenamiento y ello tiene consecuencias notables en relación al tema que aquí se trata. En primer lugar, porque admitir que la ocupación de un inmueble es justificada, implica excluir la admisión de una posible legítima defensa por parte del propietario del inmueble respecto de esta ocupación⁴. En segundo lugar, porque si la ocupación es justificada, no procede la restitución del bien; es decir, no cabría el desalojo del bien inmueble ocupado. Por último, tampoco cabría exigir al usurpador una responsabilidad civil derivada de posibles perjuicios causados por la usurpación.

II. Las ocupaciones realizadas por necesidad

Como ya se expuso anteriormente, existen dos tipos de ocupaciones pacíficas de inmuebles: 1. Las que se realizan por motivos ideológicos. 2. Las que hallan su causa en una necesidad real de vivienda⁵. En este epígrafe, se examinarán cuáles son las eximentes que pueden apreciarse en los casos de ocupaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad. Éstas son tres:

1. La eximente mayormente alegada en estos supuestos es la prevista en el art. 20.5 CP, referente al estado de necesidad⁶. El mencionado precepto condiciona

³ Dado que la relación de exenciones que recoge el art. 20 CP es *numerus clausus*, la interpretación de los requisitos que se exigen para la apreciación de una u otra es lo que permite la adecuación de las denominadas causas de justificación a la antijuridicidad material, vinculada a las necesidades cambiantes de la sociedad. Al respecto de la dificultad de sistematizar definitivamente las causas de justificación, ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, pp. 24 y ss.

⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, p. 186; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 602; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 454. Como se verá, lo anterior tendrá importancia en el marco de la exención de estado de necesidad, respecto a la cual la doctrina dominante defiende la posibilidad de su aplicación como causa de exclusión de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

⁵ Al respecto del análisis del delito de usurpación pacífica de inmuebles, véase GARCÍA PÉREZ, J.J., en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepin, 2016, 4ª ed., pp. 1852-1858; MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2015, 3ª ed., pp. 355-361; MORALES GARCÍA, O. (dir.), *Código Penal con jurisprudencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 667-671; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, 8ª, pp. 632/639; MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., “De la usurpación”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal (Tomo 3)*, Thomson Reuters (Aranzadi), Navarra, 2015, pp. 145-155.

⁶ En principio, con relación a las usurpaciones de inmuebles realizadas por motivos de convicción, no cabe la apreciación del estado de necesidad, por no poderse apreciar la concurrencia de un mal inminente, que es una de las exigencias para que pueda apreciarse la eximente. No obstante, SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, pp. 669 y ss., admite que el mal que se trata de evitar puede referirse a un bien supra-personal. Según lo anterior cabría argumentar, respecto a las usurpaciones por convicción, que el mal que se trata de evitar es la problemática de acceso a la vivienda generada por nuestro sistema socio-económico. Sin embargo, la apreciación de la eximente quebraría en el momento de la ponderación de males, en la medida en que el mal que se trata de evitar afecta a un interés difuso y el mal causado lesiona un bien jurídico individual, que goza de mayor protección en nuestro sistema jurídico. Aunque la

la aplicación de esta eximente a la concurrencia de ciertos requisitos que se observan más adelante. Nuestra jurisprudencia ha apreciado esta causa de justificación en los casos de usurpaciones de inmuebles de forma muy restrictiva.

2. La eximente de actuar movido por un miedo insuperable prevista en el art. 20.6 CP.
3. La eximente de actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 20.7 CP).

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

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

El art. 20.7 CE reconoce como causa de justificación el ejercicio de un derecho⁷. La anterior afirmación es significativa, en la medida en que estimar una conducta justificada equivale a considerarla conforme a derecho a la luz del ordenamiento en su totalidad. En el marco de las ocupaciones realizadas por motivos de necesidad, podría operar la eximente apuntada en relación al ejercicio del derecho a una vivienda digna. Juzgo que la apreciación de la misma únicamente puede aceptarse de forma genuina con respecto a este tipo de ocupaciones, debiéndose excluir su alegación en los casos de ocupación por motivos ideológicos⁸. En estos supuestos, la usurpación del que ocupa para reivindicar el derecho de todo individuo a tener una vivienda digna se configuraría como manifestación del ejercicio a la libertad ideológica. En efecto, como se verá, el contenido del derecho a una vivienda digna se limita, en cuanto al acceso a la misma, a posibilitar el de aquellas personas que

ponderación es entre males y no entre bienes, en este caso considero que la lesión de la posesión derivada del derecho fundamental a la propiedad es un mal mayor que el mal genérico derivado de las dificultades socio-económicas para acceder a una vivienda.

⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 210; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 514; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 734 y ss., inserta la eximente estudiada en el marco de las causas de justificación.

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

no tengan medios propios para hacerlo efectivo. Así las cosas, el ejercicio de este derecho deberá respetar los límites que le son inherentes y no podrá predicarse de aquéllos que no padecen carencias económicas graves, es decir, de aquéllos que no padecen una necesidad real de vivienda.

Una vez sentado lo anterior, a partir de aquí van a examinarse la naturaleza y contenido del derecho a una vivienda digna. Cuestión primordial es la de decidir si se trata o no de un derecho subjetivo, es decir, si establece una situación de poder individual, susceptible de tutela jurídica. Al respecto, la postura tradicional en el marco de nuestra doctrina y jurisprudencia se ha manifestado partidaria de negarle tal condición⁹. No obstante, recientemente la realidad legislativa tanto nacional¹⁰ como autonómica¹¹ está cambiando y existen voces en nuestra doctrina que abogan por dotar del estatus de derecho subjetivo al derecho a una vivienda digna¹². En este sentido, LÓPEZ RAMÓN¹³ defiende la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo a través de cuatro argumentos:

1. Según el sentido jurídico del término derecho, éste equivale a derecho subjetivo, es decir, a una situación de poder individual, susceptible de tutela judicial.

⁹ Véase, por todas, ATC 223/2005, de 24 de mayo (M^a. Emilia Casas Baamonde). Nuestra jurisprudencia constitucional ha aclarado que el derecho contenido en el art. 47 CE "(...) no genera por sí sólo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación a los poderes públicos, para que faciliten dicho disfrute, dentro de las posibilidades económicas"; FERRANDO NICOLAU, E., "El derecho a una vivienda digna y adecuada", p. 319, expone que el derecho a una vivienda digna y adecuada individualizada frente al Estado no existe, pese a su consagración constitucional. Por otra parte, a pesar del reconocimiento internacional al derecho a una vivienda digna en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural, lo cierto es que se trata de un derecho que carece de una acción judicial en el ámbito internacional que lo garantice su ejercicio.

¹⁰ En este sentido, el art. 4 a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, establece que todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados. También el Código Penal en su artículo 173.1 recoge el delito de coacciones cualificado, imponiendo "(...) las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda". Al respecto de esta tipificación, CARUSO FONTÁS, V., "La protección penal del legítimo disfrute de la vivienda", en FRANCISCO MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales. (...)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 76, manifiesta que el término "legítimo" que utiliza el precepto, deja fuera del ámbito de protección del tipo al colectivo okupa. Del mismo parecer es RAGUÉS I VALLÉS, R., "Los delitos contra la libertad y la integridad moral: (...)", en SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentario a la reforma*, Madrid, 2011, pp. 27, al considerar que los supuestos de coacción por parte del propietario de un inmueble, dirigidos a impedir el disfrute de la vivienda por parte de okupas, se solucionan a través del delito de realización arbitraria del propio derecho.

¹¹ Así, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, en su art. 19. También la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, en su art. 26. Del mismo modo la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares en el art. 22. Por último, el Gobierno Vasco ha aprobado la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda. El Capítulo II de la misma se encabeza con la rúbrica "Derecho subjetivo de acceso a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada" y en su art. 7 se recoge el "Derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y derecho de acceso a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento". Recientemente, el Tribunal Constitucional, en STC 97/2018, de 19 de septiembre (Andrés Ollero Tasare), ha legitimado su contenido.

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

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

2. El texto constitucional¹⁴ puede interpretarse en el sentido de entender que los “derechos” recogidos en el capítulo III del título I de la Constitución no quedan afectados por lo dispuesto en el art. 53.3 CE¹⁵ respecto de los “principios” contenidos en este mismo capítulo III¹⁶.
3. El art. 24.1 CE garantiza la tutela judicial de derechos e intereses legítimos.
4. Hay un reconocimiento del derecho estudiado en la legislación autonómica¹⁷ y estatal¹⁸.

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

No obstante, es evidente que, como todo derecho, debe valorarse conforme a los límites que le son propios. También en este punto me parece muy acertada la postura de LÓPEZ RAMÓN¹⁹ que establece que los contenidos del derecho subjetivo a la vivienda se proyectan sobre los siguientes contenidos: 1. El acceso a la vivienda, que desde un punto de vista subjetivo puede ser únicamente reclamado por las personas que carecen de recursos suficientes²⁰. 2. La conservación de la vivienda, en relación a procesos de expropiación, ruina, ejecución de créditos, tributación y arrendamientos urbanos, en los casos en que la persona afectada carezca de recursos para acceder a una nueva vivienda. 3. La calidad de la vivienda.

¹⁴ El art. 47 CE, comprendido entre “los principios rectores de la política social y económica”. Según este precepto, “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” y los poderes públicos tienen la obligación de promover “las condiciones necesarias” y configurar “las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo conforme al interés general para impedir la especulación”.

¹⁵ Este precepto expone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

¹⁶ El autor establece un paralelismo con la Sección 1^o del Capítulo II, del Título I CE “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, entre los que se reconoce la existencia de principios que no pueden ser considerados derechos fundamentales ni libertades públicas y que, por ello, no quedan afectados por los efectos del art. 53.1 y 2 CE.

¹⁷ Así, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana; LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña; LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares; LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el Gobierno Vasco.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo.

¹⁹ LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, pp. 17-25.

²⁰ El art. 26 LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña se refiere específicamente a las personas sin medios económicos como sujetos del derecho. Por su parte, la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana y la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares hacen beneficiarios del derecho en cuestión, a personas que por circunstancias especiales también lo necesiten. Por último el art. 8.3 de la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el Gobierno Vasco, otorga el derecho de acceso a una vivienda a toda persona que se halle incurso en una causa de necesidad. En todos estos desarrollos legislativos se restringe el reconocimiento del derecho a aquellas personas que de una forma u otra padecen una situación que les imposibilita acceder por sus medios a una vivienda digna.

En este sentido, por vivienda digna y adecuada debe entenderse el lugar donde se habita de forma temporal o permanente y que es apto para el desarrollo de las necesidades básicas del individuo en régimen de privacidad y adaptado al ambiente físico, social, cultural e histórico en el que surge²¹. A lo expuesto por LÓPEZ RAMÓN debe añadirse una restricción subjetiva que afecta a todos los contenidos del derecho estudiado. Me refiero al hecho de que el derecho a la vivienda se halla configurado en la Constitución española y en la mayoría de sus desarrollos legislativos²² como un derecho de los ciudadanos españoles y no como un derecho de toda persona²³. Por último, debe llamarse la atención sobre el hecho de que como contrapartida al derecho a una vivienda digna se erige la obligación por parte de los poderes públicos de hacer efectivo este derecho²⁴.

Así las cosas, el derecho subjetivo a una vivienda digna se configura como el derecho de todo ciudadano español, que carece de medios suficientes, a acceder a una vivienda digna o a conservarla y a que los Poderes Públicos hagan efectivos tales extremos²⁵. De lo expuesto se deriva que el derecho a una vivienda digna no debe condicionarse al hecho de que los organismos públicos prevean los correspondientes mecanismos de acceso a la vivienda. Éstos están obligados a garantizar la efectividad del derecho, pero el derecho existe en sí mismo como derecho subjetivo. Por este motivo, no puede negarse el ejercicio al derecho estudiado, cuando los poderes públicos incumplen sus obligaciones al respecto, porque ello significaría vaciarlo completamente de contenido.

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

²¹ FERRANDO NICOLAU, E., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, p. 305.

²² La LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana y la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares, se refieren a los ciudadanos valencianos y de las islas respectivamente.

²³ Con la salvedad de lo dispuesto en el art. 26 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña y de lo establecido en la LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el gobierno vasco. En este sentido, el texto constitucional se aparta de lo dispuesto en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 (art. 25.1) y en el Pacto Internacional de derechos Económicos Sociales y Culturales de 1996 (art. 11.1).

²⁴ El art. 47 CE *in fine* dispone que los poderes públicos tienen la obligación de promover “las condiciones necesarias” y configurar “las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo conforme el interés general para impedir la especulación”.

²⁵ En este sentido, tanto el art. 47 CE, como el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, reconocen el derecho a una vivienda digna y, a continuación, imponen el deber a los poderes públicos de garantizarla.

mueble ajeno²⁶. En mi opinión, esta solución conduce a vaciar de contenido el derecho estudiado.

Una segunda interpretación sería suponer que el contenido del derecho a una vivienda digna recoge una facultad de autotutela del mismo, como *ultima ratio*, en los casos de incumplimiento por parte de los Poderes Públicos, de los deberes impuestos constitucionalmente²⁷. No obstante, esta autorización de autotutela se vería limitada por el principio del interés preponderante. Lo anterior podría enunciarse de la siguiente manera: En la medida en que un sujeto español y sin medios económicos no vea posible acceder o conservar su vivienda a través de los medios legales previstos, entrará en juego la usurpación de un inmueble ajeno como mecanismo necesario y legítimo de autotutela. No obstante, para valorar si la autotutela es conforme a derecho en el caso concreto, deberá realizarse además un juicio de proporcionalidad con base en el principio del interés preponderante. En este sentido, el conflicto entre los derechos a una vivienda digna y a la posesión derivada del dominio deberá decidirse en favor del interés más valioso.

Así las cosas, considero que la apreciación de la eximente debería excluirse respecto de las usurpaciones de inmuebles de titularidad privada, porque en el marco del conflicto existente entre el derecho a una vivienda digna y el derecho de posesión derivado del derecho de propiedad no podría decantarse la balanza de forma preponderante en favor del derecho a una vivienda digna²⁸. Por otra parte, rechazar la aplicación de la causa de justificación estudiada en estos supuestos es adecuado sistemáticamente y desde una perspectiva político-criminal²⁹. En este sentido, estimo que apreciar esta eximente en los casos de usurpación pacífica de inmuebles de titularidad privada equivaldría a declarar que tal acción no es antijurídica y, admitir lo anterior, supondría vaciar completamente de contenido el tipo estudiado, pues bastaría alegar haber ocupado en ejercicio del derecho a una vivienda digna,

²⁶ Como se verá más adelante, la situación de necesidad debe valorarse desde una perspectiva omnicompreensiva y por lo que estimo que no en todos los casos de falta de medios para acceder a una vivienda se podrá apreciar esta eximente. Al respecto, véase *infra* I.2.A.b. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

²⁷ Según esta interpretación, la autotutela del derecho sería un medio legítimo y necesario de ejercer el derecho estudiado. En la medida en que estaría previsto en el propio contenido del derecho y tendría utilidad cuando fracasara la labor de los poderes públicos. Al respecto de los requisitos de legitimidad del ejercicio del derecho y de la necesidad de la causación del daño o peligro, véase MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, pp. 212-213.

²⁸ Con respecto al principio del interés preponderante, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, p. 211.

²⁹ Por otra parte tampoco puede exigirse al particular que se subrogue en los deberes de los poderes públicos. En este sentido JIMÉNEZ PARIS, J.M., *La ocupación de bienes inmuebles en el Código Penal español*, Reus, 2018, p. 251, comenta: “Se alude, en un orden social y hasta constitucional, a la necesidad de evitar que determinadas personas no alcancen vivienda, ni estén alojadas. La alusión es comprensible y respetable. Pero este derecho, es un derecho social, y el deber de subsanar el grave defecto, es de toda la sociedad. La justicia distributiva clama y chirría, si se pretende que tenga que soportar esta carga común “social” no la sociedad y por ella la Administración sino un o unos ciudadanos en particular. No puede cargarse sobre uno solo, lo que es deber de todos, y por ellos de la persona jurídica pública que a todos representa”.

para que la conducta se declarara conforme a derecho³⁰. Ello tendría como consecuencia la abrogación del tipo por la vía de la interpretación³¹.

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

1. Los únicos sujetos legitimados para ejercer el derecho estudiado serían los españoles sin recursos económicos suficientes, para poder acceder o conservar una vivienda.
2. Solamente cabría la apreciación de la eximente, en los casos en los que se constatará que las vías legales de acceso y conservación de la vivienda estaban condenadas al fracaso en el caso concreto. En estas circunstancias, podría llegarse a la justificación de ciertas usurpaciones, con base en el ejercicio defensivo del derecho a la vivienda. La estructura sería la siguiente: A) Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a una vivienda digna. B) Los Poderes Públicos tienen el deber de garantizarla. C) Los Poderes Públicos no hacen provisiones adecuadas y los ciudadanos, a causa de lo anterior, no pueden ejercer su derecho. D) Ante esta situación, es justificada la ocupación de inmuebles de titularidad pública³².

La opción planteada no parece, sin embargo, ser aceptada ni considerada por nuestra jurisprudencia. Lo cierto es que, tras un examen exhaustivo de la misma, no se ha encontrado ninguna sentencia en la que se valore la eximente relativa al ejercicio del derecho a una vivienda digna. Probablemente el motivo radique en el hecho de que no es una eximente que se alegue comúnmente como causa de exclusión de la antijuridicidad penal. Tampoco nuestra doctrina mayoritaria se manifiesta en favor de aceptar esta eximente para excluir la antijuridicidad de ciertos casos de usurpación de inmuebles. Lo cierto es que queda un largo camino para que en la práctica el ejercicio a una vivienda digna pueda hacerse efectivo. Debería partirse de un reconocimiento general de su naturaleza de derecho subjetivo y, *de lege ferenda*, habrían de aprobarse más leyes conducentes a hacerlo real³³.

³⁰ El efecto horizontal de los derechos constitucionales no está consagrado expresamente en nuestra Constitución. Sobre esta cuestión, véase MARSHAL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la CE”, pp. 43-78.

³¹ Al respecto, en relación a la aplicación de la eximente en los delitos contra la salud pública, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “‘Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, pp. 701-740. También, MOLINA FERNANDEZ, F., en AA.VV., *Memento práctico penal*, p. 207.

³² Entiendo que es precisamente la mala gestión en cuanto a la *praxis* del mandato constitucional por parte de los poderes públicos, lo que podría justificar la “autotutela” del derecho por quien lo ve desatendido. En este sentido, podrían quedar justificadas las usurpaciones de bienes de titularidad pública, que se hallan en desuso y, respecto de los cuales, el Estado no ha desarrollado ningún tipo de proyecto de interés social.

³³ BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 104-106.

2. *La necesidad real de vivienda. El estado de necesidad*

Pese a haberse decidido la clasificación de las eximentes en atención a la tipo de usurpación respecto al cual eran mayormente apreciadas -ocupaciones por necesidad y ocupaciones por motivos ideológicos-, ya se ha manifestado la importancia que tiene la apreciación de la concurrencia de una causa de justificación, en el sentido de determinar la conducta típica como conforme a derecho. Con relación a la mayor parte de eximentes, existe acuerdo en la doctrina respecto a su clasificación como causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad, de manera que cada una de ellas se corresponde con una de estas dos categorías. No obstante, lo anterior no ocurre en relación a la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 CP)³⁴, respecto a la cual la doctrina mayoritaria sostiene que puede apreciarse como causa de justificación o como motivo de exclusión de la culpabilidad, según las circunstancias que concurran en cada caso³⁵. Así las cosas, se distinguen dos supuestos en el marco del estado de necesidad³⁶:

1. El estado de necesidad justificante, que se refiere a los casos en los que el mal causado es menor que el que se trata de evitar. En este primer caso, la acción se considera justificada y valorada positivamente por el ordenamiento jurídico. De lo anterior se derivan consecuencias de gran relevancia: A. Por una parte, frente a la conducta del sujeto que actúa en estado de necesidad para evitar otro mal equivalente (estado de necesidad exculpante), al ser lícita, no se admite la reacción en legítima defensa del titular del bien afectado. Así, el propietario del inmueble usurpado no podría impedir que el que actúa en estado de necesidad ocupara su inmueble. B. Por otra, la justificación de la conducta lesiva supone una valoración jurídicamente positiva de la misma. Lo anterior se traduce, en relación a los casos de usurpación de inmuebles, en la imposibilidad de obtener el deshaucio por la vía civil³⁷.

³⁴ Respecto a las características generales del Estado de necesidad, véase RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G (coord.), *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia, Wolters Kluwer España, S.A.*, Madrid, 2017, 6º ed, pp. 251-254.

³⁵ Existen básicamente dos posturas doctrinales en torno al contenido que debe darse a la figura del estado de necesidad: la teoría de la diferenciación, que es dominante en nuestra doctrina y la teoría unitaria o del mal jurídico. Al respecto véase, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, pp. 207-209; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p.671; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 455-483; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 493-496; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 664, se refiere a una tercera postura según la cual la eximente del art. 20.5 CP opera en todo caso como causa de justificación, mientras que la causa de exculpación por actuar en situación de necesidad debe reconducirse a la eximente de miedo insuperable o a una eventual eximente analógica *in bonam partem*.

³⁶ Esta concepción dualista del estado de necesidad no se deriva de la redacción del art. 20.5 CP, sino que es de elaboración puramente dogmática.

³⁷ Para los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, la conducta justificada excluye incluso la tipicidad, por lo que el acto justificado carecería de relevancia penal. En este sentido véase, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 457. Con respecto a la relación a estado de necesidad y

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

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

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

2.A. *Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP*

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

En función de lo anterior, el estado de necesidad es aquella situación en la que se daña un bien jurídico protegido, dando lugar a la realización de un tipo penal, pero en la que se excluye la punición. La configuración del estado de necesidad³⁸ no puede dejar de sorprender en el marco de un sistema jurídico dedicado al establecimiento y a la protección de esferas de autonomía³⁹. Es por ello que, en la actualidad, buena parte de la doctrina ha buscado explicar la motivación del estado de necesidad más allá de razones meramente utilitaristas. Así, afirma que el fundamento del estado de necesidad⁴⁰ y la obligación de tolerancia que del mismo se deriva, se halla en la existencia de deberes indivi-

responsabilidad civil derivada de delito, véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (...)*, Dykinson, 2006, Madrid, pp. 111-192.

³⁸ Nos referimos aquí en especial al denominado estado de necesidad “agresivo”.

³⁹ WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. (...)”, p. 221.

⁴⁰ Aquí se hace referencia al denominado estado de necesidad “agresivo”. El estado de necesidad “defensivo” será tratado *infra* I.2.C.b. Estado de necesidad defensivo.

duales de solidaridad⁴¹. No obstante, no existe acuerdo entre los defensores de esta teoría con relación a la justificación normativa de este principio de solidaridad y se barajan al respecto posturas contractualistas e institucionalistas⁴². Sin entrar en mayores consideraciones respecto del motivo último de la existencia de este principio de solidaridad⁴³, añadido aquí que, a mi juicio, del mismo se deriva un deber de tolerancia respecto de injerencias en la propia esfera de autonomía, en favor del interés preponderante⁴⁴. Considero que asumir el principio de solidaridad como fundamento de la eximente estudiada no impide aplicar la regla de ponderación basada en el “interés preponderante”⁴⁵, dado que no es lo mismo la motivación de la existencia de los deberes examinados, que el modo de concreción de los mismos.

Una vez sentado lo anterior se va a proceder al examen de los presupuestos que deben concurrir, para que pueda apreciarse la eximente estudiada⁴⁶, a la luz de la interpretación que han dado de los mismos doctrina y jurisprudencia y en la medida en puedan tener trascendencia en los casos de usurpación pacífica de inmuebles⁴⁷.

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

La expresión “mal inminente”⁴⁸ se integra por dos términos. Respecto al contenido del concepto de “mal”, éste debe ser equiparado a la lesión de un bien jurídi-

⁴¹ COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad el estado de necesidad defensivo”, *passim*; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. (...)”, pp. 213-244; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028. El autor explica con claridad en qué consiste el principio de solidaridad, pero plantea un fundamento del estado de necesidad que trasciende el mencionado principio.

⁴² Al respecto de esta distinción, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. (...)”, pp. 234-239.

⁴³ Los límites inherentes al objeto de esta tesis impiden extenderse en la cuestión.

⁴⁴ Con relación a esta cuestión, véase MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 203.

⁴⁵ Tal es la postura que asume también COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad el estado de necesidad defensivo”, pp. 5-6, en relación al estado de necesidad agresivo.

⁴⁶ Al respecto, véase ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 401-404; COLINA OQUENDO, P./RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal concordado y comentado (...)*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2015, 5ª ed., pp.249-252; GRANADOS PÉREZ, C., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*, La Ley-Actualidad, S.A., 2007, pp. 159-163, al respecto de la STS 186/2005, de 10 de febrero; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 2011, pp. 183-215; DE ALFONSO LASO, D./BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El Código Penal Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, pp. 40-42.

⁴⁷ No se analizará el tercer requisito impuesto por el art. 20.5 CP -“que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”-, por carecer de relevancia respecto al tipo de usurpación pacífica de inmuebles.

⁴⁸ La jurisprudencia añade que el mal que amenaza ha de ser, además de inminente, actual, grave, injusto e ilegítimo. En este sentido, STS 1439/2005, de 21 de marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 de septiembre (Luis Román Puerta Luis).

co protegido de titularidad ajena⁴⁹. Con relación al tema objeto de nuestro estudio, el mal que se trata de evitar se refiere, en un plano fáctico, a la afectación que puede suponer la falta de vivienda respecto a los bienes jurídicos: vida, integridad, dignidad, intimidad de la persona y derecho a una vivienda digna. En cuanto a la vida y a la integridad de la persona, no cabe duda de que el frío, la humedad y las carencias diarias que implica una falta de hogar afectan seriamente a estos bienes jurídicos. En consideración a la dignidad, la ausencia de un lugar donde habitar supone también la falta de un espacio donde desarrollar las necesidades vitales más básicas (orinar, defecar, dormir,...). Por último, todo individuo requiere de una morada como núcleo protector de su intimidad. Por otra parte, desde una perspectiva jurídica, se afecta directamente al derecho a una vivienda digna⁵⁰.

Por su parte, el término inminente se concreta en la expresión “probabilidad actual” y alude a la existencia de una situación de peligro⁵¹. Para valorar si se da la misma, el juez debe examinar, desde la perspectiva del hombre medio, la situación del agente en el momento de los hechos. Según lo expuesto, el mal inminente debe ser definido como el peligro de un mal propio o ajeno⁵². Para la apreciación de la exención estudiada, la jurisprudencia no exige que el mal haya comenzado a producirse, basta con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo⁵³.

En función de lo expuesto, opino que no existen problemas para la aceptación de la concurrencia de un mal inminente, con relación a la primera conducta estudiada, cuando en el momento de los hechos típicos se constata la existencia de un peligro para los bienes jurídicos vida o integridad de la persona. Dado que el uso y disfrute posterior a la ocupación es atípico, aunque en los días siguientes a la misma la inminencia del mal hubiere cesado, ésta podría mantenerse sin acarrear ningún desvalor penal, siempre que el propietario del inmueble no manifestara su disconformidad.

No obstante, el problema se presenta a la hora de valorar la existencia de un mal inminente respecto de la segunda conducta objeto de estudio (“mantenerse en la ocupación contra el consentimiento del titular”). Podría plantearse sin dificult-

⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 481 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 206; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 675.

⁵⁰ En relación con la naturaleza y contenido de este derecho, véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

⁵¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 205; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 675; JAKOBS, G., *Derecho penal parte general*, pp. 500-502.

⁵² MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 489 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 206; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 677-679.

⁵³ Véase, entre otras, STS 1374/2002, de 18 de julio (Andrés Martínez Arrieta); STS 1439/2005, de 21 marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis); STS 470/2009, de 7 mayo (Andrés Martínez Arrieta).

tad en el momento consumativo. En este sentido, imaginemos una situación en la que los usurpadores son advertidos por el propietario del inmueble de su desacuerdo con la ocupación, en un momento en el que si abandonan el inmueble peligraría su vida o su integridad. No obstante, el término inminente parece estar reñido con una coyuntura permanente como lo es la situación antijurídica que sigue al momento consumativo en esta segunda conducta.

Pese a lo anterior, el obstáculo de la temporalidad podría salvarse interpretando que la carencia de vivienda es un mal en sí mismo, en la medida en que supone un riesgo grave para bienes jurídicamente protegidos, como lo son la vida, la integridad, la intimidad y la dignidad. Pero también, incluso en situaciones en las que no se verificara un peligro para los mencionados bienes, la falta de una vivienda podría considerarse un mal digno de ser evitado, por la angustia, la incomodidad y cualquier otro tipo de adversidad que pudiera suponerle al sujeto que la padeciera⁵⁴. Sin embargo, pienso que las anteriores interpretaciones podrían únicamente servir para permitir la apreciación de un estado de necesidad exculpante y no justificante. Ello es adecuado desde una perspectiva político-criminal debido a los importantes efectos que despliegan las causas de justificación.

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

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

Como ya se ha expuesto, el estado de necesidad implica que, para que pueda apreciarse la eximente, el mal causado debe ser menor o igual que el mal que se trata de evitar. En el epígrafe anterior se ha determinado el contenido de la expresión “mal que se trata de evitar” y se ha visto que equivale a la situación determinada de necesidad, en la que se halla el sujeto que realiza la usurpación. En función de lo anterior, corresponde aquí aclarar a qué se hace referencia cuando se alude al “mal causado”. Pues bien, con ello estamos aludiendo a la afectación de un bien jurídico ajeno que un sujeto realiza para evitar el mal inminente del que se ha hablado en el apartado precedente. En el caso del delito objeto de estudio, el mal reseñado se concreta en la afectación a la

⁵⁴ Coincido con SILVA SANCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 668, cuando expone que: “El concepto de mal no puede, pues, estructurarse sobre la base de lo penalmente relevante a través de la tipicidad, sino partiendo de un enfoque jurídico-realista que surja de la esfera del Derecho pero atienda a la realidad social. Es precisa, por el contrario, una valoración jurídica atenta al real significado (jurídico-social) de las acciones y fenómenos en las relaciones humanas. Una valoración que partiera del Derecho pero contemplara las repercusiones de hechos y actos sobre los individuos y la sociedad en general”.

posesión del titular del inmueble⁵⁵, por parte de los usurpadores. A lo anterior deberá añadirse el mal social que comportaría la proliferación de la conducta estudiada⁵⁶. En este sentido, debería valorarse si la justificación de la conducta en el caso concreto generaría un aumento de las situaciones de necesidad. Por último, también debería tenerse en cuenta la subjetivización del mal. Con ello me refiero a las circunstancias personales del sujeto que ve afectada su posesión por la situación de necesidad y que inciden en la cualificación del mal que se le causa. En efecto, no es lo mismo desde un plano subjetivo, el mal que se le causa a una entidad bancaria cuando se ocupa un inmueble vacío de su titularidad, que el que se le ocasiona a un jubilado que recibe una pensión mísera y que tiene la expectativa de compensar la precariedad de la misma percibiendo el importe del pago del alquiler de un inmueble de su propiedad.

Una vez definidos los dos factores del binomio, debe atenderse al principio del interés preponderante⁵⁷ para determinar en cada caso si el mal causado es efectivamente menor que el evitado. Es importante remarcar que, desde la postura que aquí se mantiene, la comparación debe realizarse entre males y no entre derechos o bienes jurídicamente protegidos.

Aunque un juicio superficial sobre el tema pudiera llevarnos a considerar que se trata de valoraciones equivalentes, no es así⁵⁸. El término “derecho” se refiere a la facultad humana de exigir o invocar lo que la ley permite o establece. Por su parte, el concepto de “bien jurídico protegido” alude a aquel interés merecedor de la tutela penal⁵⁹. Por el contrario, el “mal” no tiene porqué vincularse a un derecho o bien jurídico. Si bien es cierto que el “mal causado” atañe a la afectación de un bien jurídico y presupone la realización de una acción típica, desde el enfoque que aquí se defiende puede englobar elementos fácticos derivados de la situación subjetiva del sujeto afectado. Por otra parte, el “mal que se trata de evitar” se refiere a la valoración jurídico-social sobre una realidad determinada⁶⁰. Con relación a este

⁵⁵ El art. 33 CE se refiere a la propiedad y a los derechos que la integran.

⁵⁶ Al respecto, en relación con la aplicación de la eximente en los delitos contra la salud pública, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: (...)”, pp. 701-740. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

⁵⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 712; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 504-505, se refiere a la “preponderancia esencial”.

⁵⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 665, manifiesta que: “En efecto, el conflicto entre bienes iguales normalmente dará lugar a que se cause un mal mayor que el que se pretendía evitar, por el plus de perturbación del orden jurídico que la acción lesiva del bien jurídico penalmente protegido lleva consigo. Pero es posible que en algunos casos de tal conflicto los males equivalgan (sean iguales) y el comportamiento quede justificado. En los casos de conflicto de bienes desiguales en que se salva el de mayor valor, el mal causado puede ser mayor si la diferencia de valor entre ellos no es lo suficientemente considerable como para que la perturbación del orden jurídico inherente a la acción típica no conduzca a ello”.

⁵⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 137.

⁶⁰ Desde la postura que aquí se mantiene se permitiría la aplicación de la eximente de actuar en estado de necesidad justificante, pese a no ser sujeto del derecho a una vivienda digna (tal sería el caso de las personas que carecen de la ciudadanía española). En sentido contrario se manifiestan algunas posturas que, en el marco

concepto se trata de examinar la realidad social desde la perspectiva del Derecho y, en el marco de este enfoque, determinar si una situación concreta puede considerarse un “mal”.

Pero además, esta comparación entre los males debe hacerse desde una perspectiva omnicomprendiva⁶¹ atendiendo a todos los elementos que puedan entrar en juego, valorando los bienes jurídicos que colisionan, el grado de peligro que los amenaza, el criterio de la subsidiariedad⁶², la posibilidad de que el mal que se trata de evitar sea imputable al titular del bien jurídico afectado por la acción típica, y todas las demás circunstancias socio-jurídicas concretas del supuesto de hecho objeto de estudio⁶³.

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

de la teoría de la solidaridad como fundamento de la eximente estudiada, defienden el institucionalismo como *ratio* de los deberes de tolerancia. Al respecto de las diferentes posturas en el marco de la teoría de la solidaridad véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., en JORGE BARREIRO, A. (dir.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 1007-1028; WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, pp. 234-239.

⁶¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

⁶² Al respecto ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 714, se refiere a la “cláusula de la adecuación” que impone la necesidad de que la conducta que pretenda ser justificada sea el medio adecuado para hacer frente al peligro. En el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 503 y 514.

⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 666, sostiene que el fundamento del estado de necesidad es de carácter objetivo y social y tiene como función la protección no únicamente de derechos individuales, sino también de intereses de la colectividad. Así, no se trataría de salvar el bien más valioso sino de perturbar el mínimo posible la paz jurídica en pro de la sociedad. Así mismo, el autor añade que: “(...) frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de «mal», debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación”. En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, p. 277 expone: “Para la ponderación entre el mal que se causa y el mal que se trata de evitar, hay que tener en cuenta que: El mal se define y se gradúa no solamente por la importancia del bien jurídico protegido al que afecta, sino por la significación del ataque a él dirigido y, particularmente, por una serie de consideraciones ético-sociales del indicado juicio desvalorativo por la sociedad. La ley penal no es la única fuente a la que se recurre con el fin de tomar los datos precisos para la graduación y comparación de los males. Las consideraciones ético-sociales son ciertamente significativas para la determinación y graduación del mal”. De la misma opinión es NOGUEIRA GANDÁSEGUI, D., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, pp. 131 y ss.

De acuerdo con lo anterior, podríamos considerar el ejemplo de una familia española que carece de ingresos para asumir el pago de un alquiler, pero que tiene arraigo en el país y que posee parientes en el mismo a quién acudir y que, no obstante, decide usurpar un inmueble ajeno. En este supuesto de hecho, deberá considerarse, con relación al mal que se trata de evitar y desde una perspectiva fáctica, la existencia de un derecho subjetivo a una vivienda digna en favor de la familia en cuestión⁶⁴. Por otra parte, deberá tenerse en cuenta, en el plano fáctico, el mal que puede llegar a suponer, para una familia con hijos, la carencia de una vivienda digna. Así, entrarán en juego intereses como lo son la vida, la integridad, la dignidad, la intimidad, la educación o la inserción social y laboral. También deberá tenerse en consideración el contexto que engloba la situación de necesidad, esto es, si es invierno, temporada escolar (...). Por último ha de atenderse al criterio de la subsidiariedad al que nos referiremos a continuación. Por otra parte, con respecto al mal causado, deberá valorarse el grado de afectación a la posesión del propietario del bien usurpado, el daño social de la conducta, las consecuencias de la justificación de la misma respecto de una posible proliferación y las circunstancias personales y contextuales del titular del inmueble.

2.A.c. Subsidiariedad

Como ya se ha indicado, para que pueda apreciarse la eximente de estado de necesidad, además de ser preponderante el interés que se salvaguarda, es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza⁶⁵. Se trata de un requisito no exigido explícitamente por el art. 20.5 CP, pero que se halla implícito en el significado mismo de “estado de necesidad”. La jurisprudencia así lo ha mantenido y coincide en integrar el contenido del concepto de la eximente estudiada, con la existencia de un conflicto real que implica la imposibilidad, por parte del sujeto activo, de utilizar “medios lícitos menos gravosos” que los empleados⁶⁶.

⁶⁴ Como se ha visto, el derecho a una vivienda digna únicamente puede configurarse como derecho subjetivo respecto de los ciudadanos españoles. No obstante, dado que según la postura que aquí se defiende no se exige la existencia de este derecho subjetivo para legitimar la situación de necesidad justificante, no se excluiría la aplicación de la causa de justificación en el caso de inmigrantes. En estos supuestos, además, entiendo que deberá valorarse con mayor laxitud el principio de subsidiariedad, debido a las dificultades que tales personas pueden tener para acceder a las ayudas sociales, ya sea por falta de conocimiento, como por ausencia de previsión.

⁶⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 480 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 714.

⁶⁶ STS 470/2009, de 7 de mayo (Andrés Martínez Arrieta). En la doctrina, CUERDA ARNAU, M^a. L./VIVES ANTÓN, T. S., en COBO del ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 518, indican, en contra de la jurisprudencia mayoritaria, que no debe entenderse necesario agotar todos los medios lícitos para resolver el conflicto. Para estos autores, la conducta debe entenderse justa sino existía un medio menos gravoso para solucionar el conflicto. Así, debe buscarse, entre todos los medios disponibles, lícitos o no, el menos gravoso. También MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Delitos de acción. La antijuridicidad I y “Delitos de acción. La antijuridicidad II”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)/MORENO TORRES-HERRERA, M^a. R. (coord.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, p. 314; NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, p. 132.

Como se verá más adelante⁶⁷, esta exigencia es interpretada de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, de forma que son muchos los requisitos que se exigen para que puedan entenderse agotadas todas las vías “menos lesivas”.

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

El art. 20.5 CP recoge un requisito negativo para que pueda ser de aplicación la eximente estudiada: que la situación de necesidad no haya sido provocada por el propio sujeto que la alega. Al respecto de la interpretación que debe hacerse de esta condición, me parece acertada la postura de MIR PUIG⁶⁸, que sostiene que la expresión “situación de peligro” es equivalente a “estado de necesidad”. De lo anterior se deriva que no puede excluirse la aplicación de la eximente en los casos en los que un sujeto causa una situación de peligro y que con posterioridad da lugar a una situación de necesidad no deseada⁶⁹. En estos casos, la solución final será la de apreciar la eximente, pero se condenará por delito imprudente en los casos en los que el Código Penal así lo prevé, atendiendo a un razonamiento paralelo al de la *actio libera in causa*.

A cerca de las usurpaciones de inmuebles, cabría plantearse el caso de una persona joven que deja el hogar familiar voluntariamente sin disponer de los medios para independizarse, atraído por el movimiento de la “okupación”. En este supuesto de hecho, encuentro que podrá hablarse de una situación de necesidad provocada, en la medida en que el abandono del hogar familiar se realiza precisamente con la finalidad de hallarse en necesidad de una vivienda e integrarse en el movimiento okupa usurpando un inmueble ajeno. Según lo anterior, en este caso no cabrá la apreciación de la eximente.

Otro ejemplo podría ser el de los inmigrantes que abandonan su lugar de origen con la esperanza de obtener trabajo en nuestro país. Cabría entender aquí, que el sujeto en cuestión está provocando una situación de peligro, en la medida en que viene a España sin ingresos suficientes para acceder a una vivienda y no tiene garantía alguna de acceder a la misma por medios legales o de obtener un trabajo que le permita abonar el pago de un alquiler. No obstante, la provocación no puede predicarse de la situación de necesidad que con posterioridad pueda conducirle a usurpar una vivienda ajena, dado que en la mayoría de los casos la voluntad inicial es la de obtener una situación plenamente legal en nuestro país. Así las cosas, en este supuesto de hecho podrá aplicarse la eximente⁷⁰, pues la situación de necesidad

⁶⁷ Véase *infra* I.2.B. Análisis de la casuística jurisprudencial.

⁶⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 504-506. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, p. 684.

⁶⁹ Así, se aparta de la jurisprudencia y doctrina dominantes. Véase, al respecto, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 455-483.

⁷⁰ En sentido contrario se manifiesta SAP Huesca 66/2012, de 28 de marzo (Santiago Serena Puig), en el caso de un extranjero que usurpa la identidad de otra persona para conseguir un trabajo, por entender que ha provocado la situación de necesidad al venir y quedarse en España.

no ha sido provocada por el sujeto que la invoca como causa de justificación. Aunque podría apreciarse imprudencia respecto a la situación de peligro anterior, ello carecería de relevancia dado que la provocación imprudente no excluye la aplicación de la eximente.

2.B. *Análisis de la casuística jurisprudencial*

En este epígrafe se pretende hacer un análisis sobre la aplicación práctica de la eximente estudiada, por parte de nuestra jurisprudencia. Así, en un primer subapartado se expondrán cuáles son los criterios utilizados para decidir si debe apreciarse la eximente de forma completa, incompleta o bien únicamente cabe la aplicación de la atenuante analógica. En un segundo apartado, se verá en qué supuestos, *de facto*, la jurisprudencia ha aplicado la eximente estudiada, y en qué otros ha rechazado su concurrencia.

2.B.a. Eximente completa, incompleta y atenuante analógica

Hasta aquí se ha analizado la eximente de estado de necesidad y se han expuesto los requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse. No obstante, hasta ahora no se ha mencionado la posibilidad de la aplicación parcial de la eximente. Se trata de un tema interesante, dado que la no concurrencia de la eximente en su totalidad aún permite una importante rebaja en la pena. No obstante, se plantea aquí el problema de cómo saber en qué casos cabe la aplicación incompleta de la eximente o incluso de la atenuante analógica.

El Tribunal Supremo⁷¹ ha elaborado unos criterios para discernir cuando cabe apreciar la eximente completa y cuando cabe únicamente su apreciación parcial. En virtud de ello, expone: “si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable⁷², la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades”. En esta sentencia, el Tribunal Supremo da prioridad a dos de los requisitos expuestos en el epígrafe precedente. En efecto, se basa en el requisito de la ponderación de males y en el de la subsidiariedad. Ahora bien, respecto a la determinación de este último no es claro. En efecto, al utilizar la expresión “humanamente posible” no indica cuál es su contenido y, en todo caso, parece restringir exageradamente la aplicación de la eximente.

⁷¹ Véase, por todas, STS 470/2009, de 7 mayo (Andrés Martínez Arrieta).

⁷² Esta expresión, además de no ser en absoluto esclarecedora, es un ejemplo de la tendencia a la restricción en cuanto a la interpretación del criterio relativo al empleo de “los medios menos lesivos”.

En relación a la atenuante analógica, el Tribunal Supremo⁷³ expone que es de aplicación la causa de atenuación contemplada en el art. 21.7º CP, como situación análoga a la exención incompleta del art. 21.1º CP por estado de necesidad del art. 20.5 CP, cuando: “las circunstancias de hecho y las exigidas en la norma (genéricas del art. 21 CP o específicas del tipo penal concreto) que establece la respectiva atenuante guarden semejanza en la estructura y características y aquellos otros casos en los que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal básico para la descripción y la inclusión de la conducta en el Código Penal y que suponga la *ratio* de su incriminación, o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido (...). Y también cabe establecer la analogía, cuando las circunstancias del caso tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser considerado como eximente incompleta”.

El Tribunal añade que para que se admita la reseñada atenuante deben concurrir las siguientes condiciones: 1. Que de la comparación de circunstancias no se detecte que faltan los requisitos básicos para que pueda ser estimada una concreta atenuante. 2. Que haya proporcionalidad y necesidad. Lo anterior conduce a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que entre ambos hay una gran desproporción, además de excluirse la aplicación de las eximentes completas e incompletas, tampoco se apreciará la analogía. 3. Existencia de un mal real, grave e inminente y que el daño al bien jurídico sea ineludible, sin que quepan alternativas efectivas menos gravosas.

La elección entre la aplicación de las eximentes completa e incompleta y de la atenuante analógica de estado de necesidad estriba en la consideración de la ponderación de males y en la graduación de la posibilidad alternativa. Así, se debe tener en cuenta, por un lado, el grado de desproporción entre el mal que se trata de evitar y el que se causa y, por otro, hasta qué punto se han agotado todos los medios menos lesivos. Así, si en efecto la realización del tipo del art. 245.2 CP es el medio menos lesivo de evitar, por ejemplo, la causación de un grave daño a la salud y a la integridad física de una determinada persona, entonces será de aplicación la eximente completa. Por su parte, en la eximente incompleta el mal que se trata de evitar es mayor que el que se causa, pero no en un grado considerable y, además, no se agotaron se todas las posibles alternativas. Por último, podría aplicarse la atenuante analógica, en los casos en que el mal que se trata de evitar es mínimamente superior⁷⁴ al que se causa y el agente no ha intentado solucionar la situación acudiendo a medios lícitos menos gravosos.

2.B.b. Apreciación de la eximente por la jurisprudencia

⁷³ Véase, por todas, STS 930/2010, de 21 de octubre (Luciano Varela Castro).

⁷⁴ El Tribunal Supremo alude a “mal igual o superior”, porque no establece una distinción clara entre el estado de necesidad justificante y exculpante. Véase, por todas, STS 237/2012, de 29 de marzo (Joaquín Jiménez García) y STS 129/2011, de 10 de marzo (Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Ambas niegan la apreciación de la eximente en sendos casos de tráfico de drogas.

La consecuencia práctica de la aplicación de los criterios reseñados al tema objeto de este estudio es una total restricción en la aplicación de la eximente de estado de necesidad⁷⁵. Así, en cuanto a la concurrencia de un mal inminente, en diversas sentencias se ha señalado que no se puede estimar la eximente completa o incompleta, por ejemplo, “en una situación de angustia o estrechez económica” o también se dice que “no es suficiente la mera situación de paro laboral”⁷⁶, por no poderse considerar un mal grave real e inminente.

No obstante, el motivo por el que los tribunales rechazan en mayor medida la aplicación de la eximente estudiada es por no haberse agotado todos los medios menos lesivos, antes de la realización de la conducta típica. Así, excluyen su aplicación: 1. Cuando el sujeto de la usurpación tiene arraigo en el país y pudiera haberse alojado en el domicilio de un pariente⁷⁷, sin entrar a valorar si el familiar en cuestión lo hubiera permitido; 2. Cuando no se han agotado todas las posibilidades en cuanto a la petición de ayudas, incluso con respecto a personas que tienen un carnet de solicitante de vivienda expedido por un organismo público⁷⁸; 3. Cuando se constata que el sujeto está efectuando ciertos pagos como las cuotas debidas de un préstamo⁷⁹. Parece que la jurisprudencia deduce de lo anterior la posibilidad de prescindir de esos pagos y destinar el dinero a un alquiler.

Otra de las razones de rechazo de la aplicación de la eximente, por parte de la jurisprudencia, es la “insuficiencia probatoria”⁸⁰. Ante todo, cualquier alegación del acusado debe ser probada y de la falta de prueba se extraen conclusiones adversas⁸¹. Asimismo, en esta misma línea, se realizan presunciones y generalizaciones en perjuicio de la aplicación de la eximente. En este sentido se presupone que una persona trabaja si está en edad laboral y no demuestra lo contrario⁸². En efecto, con

⁷⁵ A esta misma conclusión llega JIMÉNEZ PARIS, J.M., *La ocupación de bienes inmuebles en el Código Penal español*, Reus, 2018, p. 252.

⁷⁶ STS 1439/2005, de 21 marzo (Gregorio García Ancos); STS 1491/2002, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis).

⁷⁷ SAP Burgos 121/2000, de 17 de enero (José Luis López del Moral Echevarría); SAP Madrid 217/1998, de 5 de mayo (Adoración María Riera Ocáriz).

⁷⁸ SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

⁷⁹ SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Madrid 603/2002, de 4 de septiembre (Carmen Daniela Díaz).

⁸⁰ SAP Madrid 1/2004, de 7 de enero (M^a Pilar Abad Arroyo); SAP Barcelona 425/2012, de 25 de abril (Esmeralda Ríos Sanbernardo).

⁸¹ SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez). Al respecto de la obligación de la defensa, de alegar y demostrar la concurrencia de las eximentes, es interesante el artículo de CUERDA RIEZU, A., “La prueba de las eximentes en el proceso penal: (...)”, pp. 1-19. El autor critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional por imponer a la defensa la carga de la prueba de las eximentes. En este sentido, entiende que la anterior tendencia jurisprudencial atenta contra el principio de la presunción de inocencia y contra las reglas relativas a la carga de la prueba. CUERDA RIEZU defiende que la obligación de alegar la eximente en cuestión debe recaer en la defensa, pero que es la acusación quien debe probar que no concurren los requisitos para apreciar la eximente planteada por la defensa.

⁸² SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

relación a las causas de justificación se invierte la carga de la prueba, siendo el que la alega quien debe probar su concurrencia⁸³. Lo anterior es cuestionable, en la medida en que puede plantear problemas, desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia.

Así las cosas, en la práctica, con respecto a las conductas estudiadas y en virtud de los criterios apuntados, nuestras Audiencias rara vez aprecian la eximente completa de estado de necesidad⁸⁴. Parece que únicamente la admiten en dos supuestos: 1. En los casos de personas sin arraigo en el país. Así, por ejemplo, respecto de inmigrantes sin vínculo alguno con nuestro país, que no pueden acceder al mercado laboral ni a pisos de protección oficial por carecer de la documentación obligatoria. Aquí, el fundamento de la aplicación de la eximente, cuando se acredita la penuria económica, está en la imposibilidad de disponer del apoyo de familiares o amigos y de acceder a ciertas ayudas estatales. 2. En los supuestos de familias con hijos menores y sin recursos económicos, que han acudido ya a los organismos públicos para solicitar una vivienda de protección oficial o que aun no habiéndola solicitado, los servicios sociales ya han advertido la precariedad de la situación y han iniciado los trámites. Los tribunales aprecian la eximente en estos casos, porque consideran que es mayor el mal para la integridad de un menor que puede comportar la carencia de una vivienda, que el mal que la usurpación ocasiona al propietario-poseedor del inmueble⁸⁵.

La apreciación parcial de la eximente es más abundante aunque, como se ha indicado, su aplicación no deja de ser restrictiva. Así, los tribunales entienden que concurre cuando la situación es deplorable y hay hijos menores, pero no se ha acudido a los servicios sociales⁸⁶. También en estas circunstancias, cuando el tribunal considera que la situación es lamentable pero no extrema y no se ha cumplido el requisito de la subsidiariedad, se aplica la atenuante analógica⁸⁷.

⁸³ STS 2102/2001, de 18 enero (José Antonio Marañón Chavarrí); STS 12/2002, de 21 de enero (Perfecto Andrés Ibáñez).

⁸⁴ Existen, no obstante, algunos casos en que nuestras Audiencias aprecian la eximente completa de estado de necesidad: SAP Cáceres 49/2005, de 22 de abril (María Félix Aragón); SAP Murcia 39/2002, de 9 de mayo (María Pilar Alonso); SAP Madrid 556/1999, de 1 de diciembre (M^a Luisa Silva Castaño); SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (Marina de la Cruz Muñoz Acero).

⁸⁵ SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (María de la Cruz Muñoz Acero); STS 49/2005, de 22 de abril (M^a Félix Tena Aragón).

⁸⁶ STS 87/1998, de 3 de septiembre (María Jover Carrión); SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Madrid 176/2000, de 28 de abril (Adrián Varillas Gómez); SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Cruz Alvaro López). No obstante, en ocasiones no se aprecia la eximente en estas circunstancias: SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez); SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).

⁸⁷ SAP Madrid 629/2004, de 24 de junio (M^a Cruz Alvaro López). Se trata el caso de una mujer que usurpa a una casa de la IVIMA con sus tres hijos. Con anterioridad se le había negado la concesión de la vivienda por dicho organismo. No se le aplica la eximente por no constar “que se haya realizado actividad encaminada a solicitar algún otro tipo de protección de los actuales sistemas de asistencia social”. No obstante, el tribunal entiende que es de aplicación la causa de atenuación contemplada en el art. 21.7º CP, como situación análoga a la exención incompleta del art. 21.1º CP, por estado de necesidad del art. 20.5 CP.

Así las cosas, puede concluirse que, según la interpretación jurisprudencial del art 20.5 CP y, en relación al tema objeto de este estudio, únicamente cabría apreciar la eximente completa en el supuesto de inmigrantes no europeos sin arraigo, en una situación de frío intenso. En efecto, estas personas carecerían de familiares en el país y no dispondrían de información para acceder a las posibles ayudas estatales o incluso podrían ser reticentes a las mismas por miedo a ser expulsados. Por otra parte, se aplicaría la eximente incompleta, por ejemplo, en el caso de europeos sin posibilidades laborales y sin recursos económicos, que se hallan en una coyuntura de penuria extrema, pero que no han agotado todos los mecanismos de ayuda al acceso a la vivienda. Por último, no se apreciaría la eximente, por ejemplo, en los casos de personas jóvenes, con familia en el país y con posibilidades laborales.

Por otro lado, existe una línea de nuestra jurisprudencia menor que justifica la no apreciación de la circunstancia de estado de necesidad en ninguno de sus grados, por no existir equilibrio ente el derecho fundamental a la propiedad privada y el derecho programático a una vivienda digna⁸⁸. Lo anterior es erróneo porque, como ya se ha indicado, la concurrencia de la circunstancia de estado de necesidad no debe valorarse en función de una ponderación de derechos, sino de males, y bajo los criterios de necesidad y de proporcionalidad. Por otra parte, si se tratara de comparar bienes jurídicos, el equilibrio debería hallarse entre la posesión del propietario y la vida, la integridad, la dignidad, la intimidad y, en algunos casos, el derecho subjetivo a una vivienda digna.

2.C. Conclusión y toma de postura

2.C.a. Crítica a la jurisprudencia

A la vista de lo expuesto acerca de la práctica jurisprudencial respecto a la apreciación de la eximente estudiada, puede concluirse que nuestra jurisprudencia restringe al máximo el ámbito de aplicación de la misma. En mi opinión, es excesivamente exigente en cuanto a la determinación de cuándo se deben entender agotados todos los medios posibles para obtener una vivienda. La realidad es que, si un sujeto no tiene dónde vivir, seguirá mucho tiempo en esta situación si

⁸⁸ SAP Córdoba 76/2000, de 9 de octubre (Pedro Roque Villamor Montoro) expone, respecto de la usurpación de un inmueble por parte de una pareja con dos hijos menores, que no han acudido de antemano a los servicios sociales, que no se puede apreciar la eximente completa, "(...) pues no existe equilibrio entre los bienes en conflicto, derecho de propiedad y derecho a una vivienda digna, por más que se tratase de un simple local comercial sin más ornamentos ni instalaciones. Otro entendimiento de este problema supondría legitimar a la postre este tipo de conductas conculcando el derecho de propiedad en su más íntima esencia y que aun afectando a inmuebles de titularidad pública, supondrían el fin de esas políticas de viviendas sociales que deben desarrollar los poderes públicos, pues el necesitado acudiría a aquella vía antes de acudir a solicitar vivienda a los poderes públicos que cuando menos suponen un sistema homogéneo y objetivo de reparto de las viviendas que tengan a su disposición, y permite valorar la necesidad de cada solicitante, circunstancias que no concurren en conductas como las enjuiciadas, en que es el directamente afectado el que decide su estado de necesidad y elige el inmueble que ha de satisfacerla."

recurre a los medios sociales. La dilación temporal y las pocas posibilidades de éxito que ofrecen los medios oficiales actuales de acceso y conservación de la vivienda hacen, de los mismos, herramientas completamente inidóneas para solucionar la situación de necesidad. Así las cosas, estimo que no cabe basar el incumplimiento del requisito de la subsidiariedad en el hecho de no haber agotado todos los medios legales⁸⁹.

Al respecto de la ineficacia comentada, puede servir de ejemplo la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda. La misma muestra la buena voluntad de la *Generalitat de Catalunya* ofreciendo vías de acceso a una vivienda, incentivando al sector privado para dar cumplimiento de la función social de sus inmuebles y regulando la constitución de ayudas en el pago de los alquileres. No obstante, la Ley prevé adecuar la oferta de viviendas de protección oficial a la demanda de las mismas en el plazo de 20 años. De lo anterior se deduce que la propia Ley estima insuficiente la capacidad del actual parque de viviendas públicas, para hacer frente a las crecientes necesidades.

Por otra parte, la mencionada Ley se centra en los alquileres y las compraventas, siendo preceptiva la prestación de una fianza. El precario es excepcional. Además, para poder acceder a una vivienda de protección oficial es obligatorio acreditar unos ingresos moderados. En este sentido, no pueden ser beneficiarios de una vivienda de estas características las personas que carecen de ingresos. Otro requisito que impone la Ley es la inscripción en el Registro de solicitantes de vivienda con protección oficial, que puede hacerse a través de la página web de la *Generalitat*. Así, una vez se ha obtenido la información relativa a cómo debe solicitarse una vivienda de protección oficial, se ha reunido la documentación acreditativa conforme se cumplen los requisitos exigidos y se ha efectuado la inscripción en el registro reseñado, sólo queda tener suerte y esperar aún más a que queden vivienda disponibles y se proceda a su adjudicación.

En función de lo expuesto, juzgo que, dadas las dificultades actuales para acceder a una vivienda a través de los mecanismos legales vigentes, la jurisprudencia es demasiado exigente a la hora de requerir que se hayan agotado todos los medios lícitos existentes, para que pueda apreciarse la situación de estado de necesidad. En este sentido, según datos estadísticos, 3 millones de personas se hallan en situación de pobreza extrema en España⁹⁰. Aunque se trata de una cifra muy elevada, no

⁸⁹ El requisito de la subsidiariedad impone el deber de acudir al medio menos lesivo pero idóneo, adecuado y efectivo.

⁹⁰ EFE, “Uno de cada cinco españoles vive por debajo del umbral de la pobreza”, *El Mundo*, Madrid, 27/05/2014, expone que, según los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida elaborada para el año 2013 por el Instituto Nacional de Estadística, el 20,4% de los españoles vive por debajo del umbral de pobreza. Este porcentaje se eleva al 27.3% si se utiliza el indicador AROPE (*Alt Risk of Poverty or Social Exclusion*) que es el que figura en el programa de la Unión Europea para 2020. No obstante, estos porcentajes no se refieren a la pobreza absoluta, sino a cuántas personas tienen ingresos bajos en relación a la media. En relación a este grupo poblacional, por razones político-criminales, no sería posible la apreciación de la eximente estudiada. Por otra

representa una proporción demasiado alta en relación a la totalidad de la población del Estado español. Por ello, aceptar la apreciación de la eximente estudiada en estos supuestos de extrema pobreza, incluso cuando no se hubieran agotado todos los mecanismos lícitos previstos para acceder a una vivienda, no parece que pudiera representar un problema en los términos del *slippery slope* o pendiente resbaladiza sobre la base de un criterio de temporalidad⁹¹. Con esto último me refiero a que únicamente debería apreciarse la eximente, con relación al momento concreto en que se produce la situación de necesidad y no respecto al exceso de mantenimiento en la usurpación contra la voluntad del propietario, una vez la situación crítica ha pasado. Sin embargo, mantengo la opinión anterior únicamente respecto a los supuestos de extrema pobreza y mientras durara la situación real de necesidad⁹². Teniendo en cuenta estos dos factores, considero que el criterio de la subsidiariedad debería observarse de forma más laxa y, *de lege ferenda*, el Estado debería mejorar los cauces de acceso a una vivienda digna, de modo acorde con el carácter subjetivo del derecho a la vivienda que aquí se defiende⁹³. Si bien es cierto que la aplicación de la eximente como causa de justificación impondría al propietario del bien un deber de tolerancia respecto de la lesión de su derecho de posesión, debe tenerse en cuenta que la afectación únicamente quedaría justificada temporalmente.

En sentido contrario, considero que en el resto de los casos, es decir, cuando no concurrieran los presupuestos apuntados, por exigencias de prevención general la apreciación de la eximente debería ser restrictiva⁹⁴.

2.C.b. Estado de necesidad defensivo.

Al inicio de este epígrafe se ha explicado como la doctrina distingue entre dos clases de estado de necesidad en función de si con su apreciación se excluye la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del autor. Aquí se va a presentar una segunda clasificación del estado de necesidad que atiende a la posibilidad de que se

parte, SUST, T., “La pobreza extrema se ha duplicado en España en 5 años”, *el Periódico*, 11/10/13, consultada por última vez el 28/01/2014, en www.elperiodico.com/es/noticia, expone que el octavo informe del Observatorio de la Realidad Social, elaborado por Cáritas, cifra en 3 millones el número de las personas que viven en España en extrema pobreza. En el mismo sentido, AGUDO, A., “La pobreza grave ya afecta a 3000000 de personas en España”, *El País*, 10/10/13.

⁹¹ Al respecto de este concepto de *slippery slope* o pendiente resbaladiza, véase LLOBET ANGLÍ, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, pp. 1-44, con relación a la posibilidad de excepción de la prohibición de la tortura o a la exención de la responsabilidad del autor de la misma, en los casos afines al de *ticking bomb* o bomba de tiempo.

En los términos apuntados tampoco supondría una aplicación generalizada que pidiera conducir a la abrogación del precepto por la vía de la interpretación. Respecto a este tema resulta interesante MANGAS CAMPOS, A., “La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial”, *Diario La Ley*, nº 8672, 2015, *passim*.

⁹² Considero que la limitación temporal es muy importante.

⁹³ Véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

⁹⁴ Al respecto, véase, MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: (...)”, pp. 701-740. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 207.

pueda imputar la creación de la situación de necesidad al sujeto que soporta el mal causado⁹⁵.

Acorde con lo anterior, la doctrina distingue entre el estado de necesidad “agresivo” y el estado de necesidad “defensivo”⁹⁶. Al primero nos venimos refiriendo a lo largo de todo este epígrafe y supone que la acción lesiva se dirige contra un sujeto ajeno a la amenaza del mal que se pretende evitar con la acción típica⁹⁷. O, en otras palabras, ante el peligro de un mal grave, real e inminente, el sujeto cuya esfera se ve amenazada interviene “agresivamente” en el marco de los intereses jurídico-penalmente protegidos de otro sujeto ajeno a la fuente de peligro. Como ya se ha manifestado⁹⁸, y pese a lo expuesto respecto de la posibilidad de apreciar el estado de necesidad justificante en relación a ciertos supuestos de ocupación de inmuebles por necesidad, se hace patente la dificultad de fundamentar un especial deber de tolerancia, respecto de la afectación de la esfera de intereses jurídicos de un sujeto, al que en forma alguna le es imputable el mal que se trata de evitar en estado de necesidad⁹⁹.

Por el contrario, en el marco del estado de necesidad defensivo, el agente actúa lesionando intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro¹⁰⁰. Trasladado lo anterior al ámbito de las usurpaciones pacíficas de inmuebles, se traduciría en aquellas situaciones en las que los sujetos que ven lesionados sus derechos posesorios sobre un bien inmueble tienen cierto grado de responsabilidad en el hecho de que el agente carezca de vivienda y de medios propios para acceder a la misma.

Así las cosas, el estado de necesidad defensivo se sitúa en un lugar intermedio entre el estado de necesidad agresivo y la legítima defensa¹⁰¹. Frente al primero, la situación de necesidad deriva fácticamente de la acción u omisión del sujeto cuyo bien jurídico se ve afectado por la conducta típica. A diferencia de la segunda, la actuación defensiva no se proyecta como reacción frente a una previa actuación ilícita¹⁰².

⁹⁵ Esta acepción del estado de necesidad puede plantear problemas de delimitación con la causa de justificación de actuar en legítima defensa. Al respecto de la delimitación entre ambas figuras, véase, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 24-25.

⁹⁶ Al respecto, véase ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, p. 707; COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. (...)”, pp. 1-40; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 515 y 520-521.

⁹⁷ En relación a los atributos del estado de necesidad defensivo, de sus presupuestos de aplicación y de su relación con la legítima defensa, véase: PAWLICK, M., “El estado de necesidad defensivo y justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, *Academical Journal. Derecho Penal y Criminología*, Vol. 34, 2013, pp. 13-29.

⁹⁸ Véase *supra* I.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP.

⁹⁹ Como ya se ha expuesto *supra* I.2.A. Fundamento y requisitos. El art. 20.5 CP., aquí se defiende que la fundamentación reside en un deber de solidaridad genérico, pero que únicamente operaría en los casos de “males” extremos y en el marco del límite temporal en el que se produjera la situación de necesidad real.

¹⁰⁰ A respecto del estado de necesidad defensivo, véase COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad. (...)”, pp. 1-40.

¹⁰¹ BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, p 172.

¹⁰² Lo anterior afecta al juicio de proporcionalidad.

La distinción entre ambas clases de estado de necesidad es relevante, en la medida en que doctrina¹⁰³ y jurisprudencia¹⁰⁴ han coincidido en otorgar un trato más favorable a los casos en los que se aprecia la concurrencia de una situación de estado de necesidad defensivo, frente a aquellos en que únicamente cabe la aplicación de la eximente por estado de necesidad agresivo. Así, en los primeros, el deber de tolerancia del sujeto afectado por la conducta justificada es superior, siendo admisible la defensa hasta el punto de la extrema desproporción con los intereses lesionados¹⁰⁵. También resulta interesante, en el marco del tema objeto de este estudio, dado que podrían plantearse al menos dos supuestos en los que cabría alegar la concurrencia de un estado de necesidad defensivo.

Conforme a lo expuesto, en el marco del tipo estudiado, considero que cabría plantearse la apreciación del estado de necesidad defensivo en dos supuestos: 1. Respecto a las usurpaciones de bienes de titularidad pública que se hallan en desuso. 2. Con relación a usurpaciones de inmuebles objeto de expropiación por parte de entidades bancarias.

A continuación se examinan los dos supuestos de hecho reseñados, a la luz de dos factores: 1. La fundamentación del deber de tolerancia que afecta al sujeto del que emana la fuente de peligro. 2. El alcance o límites del mencionado deber¹⁰⁶. Respecto a la primera cuestión, se trata de motivar jurídicamente por qué un determinado sujeto, que no ha realizado ningún hecho ilícito, debe ser gravado con la carga de un deber de tolerancia preferente, con relación a actos que lesionan bienes jurídicos. El segundo aspecto a tener en cuenta es cuál es el grado de tolerancia exigible o, dicho en otras palabras, cuál ha de ser la relación proporcional entre el bien jurídico salvaguardado y el lesionado.

En relación al primer supuesto de hecho apuntado -la usurpación de bienes públicos en estado de necesidad-, entiendo que el fundamento del especial deber de tolerancia que recae en los entes públicos es la posición de éstos como garantes. En efecto, la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo y

¹⁰³ La distinción es relevante aunque no hay acuerdo en la doctrina acerca de cómo se manifiesta esta trascendencia. En este sentido, un sector doctrinal entiende que la diferencia incide en la ponderación de males. En este sentido, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 705 y ss. También, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, p. 501, que admite el estado de necesidad justificante aún en los casos en los que el mal evitado no es mayor que el causado. Por su parte, otros autores defienden que el origen del peligro es un criterio que debe ser considerado de forma autónoma, vinculándolo a un deber de tolerancia distinto. Así, JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general*, pp. 520 y 521. En cualquier caso, la apreciación del estado de necesidad defensivo implica un privilegio de trato frente al estado de necesidad agresivo.

¹⁰⁴ Así, la STS 1248/2006, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez), equipara el estado de necesidad defensivo a la legítima defensa y expone que ésta supone la existencia de una agresión ilegítima, real y actual que implica un riesgo para la vida o la integridad personal de quien se defiende. Aunque además se exige que la defensa sea necesaria, entiendo que la anterior afirmación supone matizar el requisito de la subsidiariedad. En el mismo sentido, STS 1253/2005, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

¹⁰⁵ COCA VILA, I., "Entre la responsabilidad y la solidaridad. (...)", p. 6.

¹⁰⁶ COCA VILA, I., "Entre la responsabilidad y la solidaridad. (...)", pp. 16-27.

la paralela obligación de los poderes públicos de hacerlo efectivo¹⁰⁷ se traducen en la existencia de un deber institucional de garantía en esta materia¹⁰⁸. En este sentido, el Estado¹⁰⁹ se erige en garante de los ciudadanos respecto de su derecho a una vivienda digna¹¹⁰. En virtud de este deber estatal, ciertas situaciones de necesidad serían imputables al Estado por su mala gestión respecto de los recursos existentes. En efecto, cabría considerar que muchas de las situaciones de necesidad de vivienda son ocasionadas por las deficientes políticas de fomento a la misma por parte de los poderes públicos que, por otra parte, son los destinatarios del mandato constitucional de hacer efectivo el derecho programático de todo ciudadano a una vivienda digna. En función de lo anterior, podría entenderse que el agente causante de los males reales, graves e inminentes que puede ocasionar la falta de vivienda es el propio Estado y, en este sentido, ocupar un bien inmueble de titularidad pública sería considerado una acción defensiva realizada en estado de necesidad. Prueba de la deficiente administración estatal sería precisamente la existencia de inmuebles públicos inutilizados y, por ello, susceptibles de ser usurpados.

No obstante, también las ocupaciones de bienes públicos deben quedar justificadas únicamente bajo ciertos límites. Éstos, sin embargo, deberían ser más laxos que los que enmarcan las usurpaciones realizadas en estado de necesidad agresivo. Así, a mi juicio, el estado de necesidad defensivo operaría respecto a situaciones en las que un ente público dispone de un inmueble vacío, cuya gestión no ha sido la adecuada desde la perspectiva del mandato constitucional aludido¹¹¹.

La apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo afectaría a la caracterización del mal que se trata de evitar¹¹², a la ponderación de males¹¹³ y a la

¹⁰⁷ Véase *supra* I.1. El ejercicio del derecho a una vivienda digna.

¹⁰⁸ Se trataría de un caso semejante al de la omisión pura de garante, considerada en los términos de SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión”, en AAVV, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, pp. 156-159; También SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho español”, p. 671, manifiesta que las omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión no tienen cabida en el concepto de agresión ilegítima y, por ello, no pueden ser presupuesto de legítima defensa. No obstante, el autor añade que “desde una perspectiva político-criminal, es correcto extender el ámbito del estado de necesidad justificante más allá de lo que se permite para la legítima defensa, puesto que en éste existe el importante margen de garantía de no causar un mal mayor que el que se trata de evitar.”

¹⁰⁹ También el órgano de gobierno de las Comunidades Autónomas.

¹¹⁰ Así las cosas, la situación de necesidad que padece el sujeto en cuestión podría ser atribuible al estado en comisión por omisión.

¹¹¹ ROBLES PLANAS, R., “En los límites de la justificación. (...)”, en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho.(...)*, p. 462., expone que junto con el deber de tolerancia propiamente dicho, el que se impondría en los casos de estado de necesidad defensivo alude al “deber de colaboración” para los supuestos de menor expresión de libertad o de situaciones de deberes positivos especiales.

¹¹² Así, podría apreciarse el estado de necesidad no únicamente en los casos de extrema pobreza.

¹¹³ La literalidad del art. 20.5 CP impediría aplicar la eximente estudiada en casos en los que el mal causado fuera mayor que el que se trata de evitar. No obstante, lo anterior no excluye que, en algunos supuestos, el mal causado a un bien jurídico de mayor importancia pueda ser menor que el mal evitado a un bien jurídico de menor relevancia. Estimo que lo anterior podría darse precisamente en relación a los bienes jurídicos en conflicto, en los supuestos de usurpación pacífica de inmuebles, cuando se aprecia el estado de necesidad

subsidiariedad¹¹⁴. En cuanto a su desvaloración jurídica, estimo que en estos casos la conducta sería conforme con el ordenamiento en su conjunto, siempre que el inmueble en cuestión careciera de un proyecto de uso público vigente. Así, considero que el organismo afectado únicamente podría recuperar la posesión por los cauces civiles¹¹⁵, cuando pudiera acreditar la existencia de un plan de gestión, respecto del bien usurpado en estado de necesidad.

La diferencia que existiría, entre la usurpación justificada en virtud del ejercicio a una vivienda digna y la amparada por la causa de justificación del estado de necesidad defensivo, radicaría en que la primera tiene como presupuesto que el Estado no haya previsto cauces de acceso o conservación de la vivienda en el caso concreto. En cambio, la segunda -el estado de necesidad defensivo justificante-, podría apreciarse incluso cuando el estado hubiera previsto vías al efecto, pero que debido a las dilaciones en su funcionamiento no fueran idóneas para solucionar la situación de necesidad actual.

En el segundo supuesto de hecho -la usurpación de inmuebles objeto de embargo por parte de entidades bancarias-, el fundamento del carácter preferente respecto del deber de tolerancia es diferente del caso anterior. En efecto, las entidades bancarias no tienen un deber institucional de salvaguarda de los intereses ajenos y, por ello, no puede considerarse que se hallen en una posición de garante respecto a los mismos. No obstante, estimo que respecto de estas entidades puede apreciarse cierto grado de responsabilidad por organización. En efecto, las mismas cuentan con suficientes herramientas e información como para poder prever, en la generalidad de los casos, cuando ciertas gestiones bancarias pueden afectar remarcablemente la economía de un cliente y conducirlo incluso a la ruina¹¹⁶. En este aspecto, podemos pensar en el ejemplo del préstamo hipotecario. Antes de su concesión, la entidad bancaria debe realizar una serie de pesquisas entorno a la capacidad económica del solicitante, de tal manera que, en la mayoría de los casos, podrá valorar con un mínimo margen de error si un determinado préstamo hipotecario va a poder ser devuelto o no. Así las cosas, considero que la concesión de un préstamo hipotecario, que finalmente no es devuelto por falta de liquidez y que implica la pérdida

defensivo. Así, en el marco la ponderación de males, podría valorarse como superior la afectación omisiva del derecho programático a una vivienda digna, aún en los casos en los que la situación de necesidad no es extrema, que la usurpación activa del derecho de posesión, derivado del derecho fundamental a la propiedad.

114 Según lo expuesto debería observarse con mayor laxitud el hecho de que hubieran medios menos lesivos de evitar el mal. En función de lo anterior, no debería exigirse el agotamiento de todas las vías lícitas, bastando que se hubiera tratado de acceder a una vivienda pública por el cauce legal, sin que tal mecanismo hubiere atendido la necesidad, en las condiciones y momento requeridos. Al respecto, STS 1248/2006, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez); STS 1253/2005, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

115 Respecto a la adecuación de los cauces civiles o penales en relación a la recuperación del inmueble ocupado, véase MORA AGUILAR, H., "Inmueble: Revista del sector inmobiliario", nº 164, 2016, pp. 18-23.

116 Si ello es así, la consiguiente ruina y la situación de necesidad derivada de la misma podría ser atribuible en cierta forma a la entidad bancaria.

del inmueble del deudor, puede imputarse a título imprudente o incluso doloso a la entidad bancaria, en muchos casos. Así, en algunos supuestos, la pérdida de la vivienda por impago y la situación de ruina del deudor serán consecuencia de una negligencia por parte de la entidad bancaria a la hora de examinar la situación financiera del solicitante o a una laxitud extrema por parte de la misma en el momento de considerar la concurrencia de los requisitos para otorgar el préstamo. En otros, podría llegar a apreciarse una ausencia tal de condicionamientos para la concesión del préstamo, en situaciones en las que era previsible la imposibilidad de devolución del mismo, que el resultado final de embargo del inmueble por la entidad bancaria podría imputarse a título doloso a la misma. Si al embargo del inmueble se sumase la incapacidad del sujeto para poder acceder a otro, debido a una situación de ruina derivada del pago del préstamo, el estado de necesidad sería atribuible a la entidad bancaria

Es evidente, que la actuación de las entidades bancarias, en los términos descritos, no se subsume en ningún tipo penal. Esto es así, en la medida en que el solicitante de un préstamo hipotecario o de cualquier contratación bancaria es informado de los riesgos que comportan los incumplimientos y además conoce mejor que nadie su situación económica. No obstante, según todo lo expuesto en el párrafo precedente, la entidad bancaria es responsable, en cierta medida, del resultado de pérdida del inmueble por parte del deudor que incumple su obligación de pago, de su ruina y de la subsiguiente situación de necesidad en la que el sujeto en cuestión no puede acceder a una nueva vivienda. En consecuencia, quedaría fundamentado en un título de responsabilidad por organización, su especial deber de tolerancia respecto de las ocupaciones de bienes embargados, por incumplimiento del pago de las cuotas de devolución de un préstamo hipotecario¹¹⁷.

En mi opinión, en este segundo supuesto, las usurpaciones que quedarían amparadas por el estado de necesidad defensivo serían tanto las prolongaciones de la ocupación de un inmueble por parte de los expropietarios del mismo, cuando éste ha pasado a la titularidad de una entidad bancaria por impago de un préstamo hipotecario¹¹⁸, como la ocupación de un inmueble vacío, propiedad del banco que hubiera “causado” la situación de necesidad¹¹⁹. Ello es así, dado que lo determinante es que la entidad bancaria es la causante la situación de necesidad y que la misma se resuelve mediante la afectación de un bien de su titularidad.

¹¹⁷ También podrá apreciarse idéntica responsabilidad respecto de los bancos, por propiciar a un cliente a una situación de ruina que le impida acceder a una vivienda, sea por la vía que sea.

¹¹⁸ En estos casos, se trataría de verdaderas usurpaciones típicas, en la medida en que sus autores ocupan en concepto de dueño y en nombre propio, y no en nombre ajeno, como ocurre con los arrendatarios o precaristas.

¹¹⁹ En sentido opuesto se pronuncia MARTÍ MARTÍ, J., “La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los Bienes Inmuebles por colectivos ‘ocupas’”, *La Ley*, nº. 7999, 2013, *passim*. El autor se manifiesta en contra de legitimar la ocupación de bienes inmuebles pertenecientes a entidades bancarias, por parte de personas que no tienen techo donde habitar.

En estos supuestos, como en los casos de usurpaciones de bienes de dominio público, la apreciación de la concurrencia de un estado de necesidad defensivo afectará a la caracterización del mal que se trata de evitar, a la ponderación de males y a la subsidiariedad.

3. *El miedo insuperable (art. 20.6 CP)*

El art. 20.6 CP recoge una causa de inexigibilidad¹²⁰. La eximente contemplada en el precepto reseñado se aplica en los casos en los que el sujeto se halla sometido a la amenaza de un mal que el “hombre medio” no superaría en la situación concreta del autor, con las condiciones personales, físicas y mentales del éste. Se trata de un miedo capaz de excluir la normalidad motivacional del sujeto, de manera que no pueda superar su presión motivadora ni dejar de realizar la conducta antijurídica¹²¹. Según lo anterior, esta eximente podría apreciarse en los casos de usurpación por motivos de necesidad.

Nuestra jurisprudencia ha ido configurando cuáles son las circunstancias que deben concurrir para que el miedo pueda calificarse como insuperable¹²². Así, el sujeto que actúa típicamente debe hallarse bajo la presión de la amenaza real, seria e inminente de un mal. La valoración de la superabilidad del miedo causado por

¹²⁰ La exigibilidad es la posibilidad de autodeterminarse conforme a derecho en el caso concreto. No existe esta oportunidad de autodeterminación cuando, debido a las circunstancias del caso concreto, adecuar el comportamiento del autor del delito, a las exigencias normativas, representa una exigencia intolerable para el “hombre medio”. Así, el juicio de exigibilidad se realiza valorando el comportamiento del autor del delito desde la perspectiva del “hombre medio”. En este modelo ideal de “hombre medio”, construido mediante la generalización, deben incluirse las características personales o circunstanciales del destinatario de la normas. Al respecto de las características generales de esta causa de inexigibilidad, véase RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G (coord.), *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2017, 6º ed, pp.256-258; COLINA OQUENDO, P./RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal concordado y comentado (...)*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2015, 5ª ed., pp. 252-255; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 2011, pp. 205-215; DE ALFONSO LASO, D./BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El Código Penal Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, pp. 42-43.

¹²¹ En el sentido de considerar esta eximente como causa de inexigibilidad se pronuncia la doctrina mayoritaria. Así, MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 295; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 455-483; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, pp. 140 y ss.; MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el crecimiento y evolución de las concepciones normativas*, pp. 125 y ss. También la jurisprudencia: STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS 659/2012, de 26 de julio (Antonio del Moral García); STS 1046/2011, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro). En sentido contrario, otros autores consideran que el miedo insuperable es una causa de justificación: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Universidad complutense, p. 66; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, pp. 437 y ss.

¹²² STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS 1046/2011, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro); STS 659/2012, de 26 de julio (Antonio del Moral García). En la doctrina, véase ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 419-420; GRANADOS PÉREZ, C., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*, La Ley-Actualidad, S.A., 2007, pp. 159-163, con respecto a la STS 340/2005, de 10 de febrero.

esta amenaza debe realizarse desde la perspectiva del hombre medio, pero teniendo en cuenta la situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de forma personalísima¹²³.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aprecia la eximente completa, cuando “debido al miedo el sujeto no podía haber actuado de otra manera”. Por otra parte, la eximente se aplica de forma incompleta, “si concurre un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, que alcanza un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva, pero hay indicios objetivos de que sí que cabía un comportamiento diferente, pese a la presión de las circunstancias”¹²⁴.

En el caso de las usurpaciones de inmuebles llevadas a cabo por motivos de necesidad de vivienda, podría plantearse el caso de que una pareja con hijos, que habiendo sido desahuciados de su casa por impago de hipoteca, temiera por la integridad física o la vida de éstos debido al frío, o bien, pensara que los servicios sociales les podían retirar la custodia de los niños por carecer de un inmueble donde habitar. Si no se hubieran agotado todas las vías menos lesivas para acceder a una vivienda no podría apreciarse la eximente de estado de necesidad. No obstante entiendo que cabría aplicar la eximente de miedo insuperable. Lo anterior sería posible si existiera un temor fundado, por parte de los padres de los niños, de que aquellos males pudieran producirse en el caso de no darles rápidamente un nuevo hogar a éstos.

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, lo cierto es que únicamente he hallado una sentencia¹²⁵ en la que se valora la posibilidad de aplicación de esta eximente en el caso de usurpaciones de inmuebles¹²⁶. Probablemente se deba a que la eximente que generalmente se plantea por la defensa, en el marco de las ocupaciones por necesidad, es la de estado de necesidad.

Con todo, es interesante tomar en consideración la alegación de la eximente del art. 20.6 CP respecto a usurpaciones llevadas a cabo por necesidad y que no cumplen con los requisitos de la eximente del art. 20.5 CP¹²⁷. En cualquier caso, en función de la interpretación aquí defendida, la apreciación de la eximente estudiada en este epígrafe conlleva consecuencias diferentes a la de la eximente de estado de

¹²³ Véase, por todas, STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde- Pumpido Tourón).

¹²⁴ Por todas, STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).

¹²⁵ SAP Barcelona 120/2013, de 6 de febrero (Aurora Figueras Izquierdo). En el procedimiento de autos se alega la eximente en un caso de usurpación de inmuebles en base al “temor de hallarse en la calle y de vivir de la mendicidad”. No obstante, la sentencia no la aprecia por entender que lo anterior no constituye factor suficiente ni para el miedo insuperable, ni para el estado de necesidad.

¹²⁶ En cualquier caso, no se descarta que haya podido ser planteada en el marco de algún procedimiento sustanciado ante algún juzgado de lo penal que no haya sido registrado en las bases de datos consultadas.

¹²⁷ Se alude a la exigencia de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar y al requisito de la subsidiariedad. Al respecto de la relación de la eximente del art. 20.5 CP y de la del 20.6 CP, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “Sobre el estado de necesidad en derecho español”, p. 664, se inserta en el marco de una postura doctrinal que defiende que la eximente del antiguo art. 8.7 CP (actual 20.5) recoge una causa de justificación y que la causa de exculpación por actuar en estado de necesidad debe reconducirse al antiguo art. 8.10 CP (actual 20.6) o a una eventual eximente analógica.

necesidad¹²⁸. En efecto, esta última se configura como causa de justificación y supone la exclusión de la antijuridicidad penal. Por el contrario, el miedo insuperable, como causa de inexigibilidad, afecta únicamente a la categoría de la culpabilidad¹²⁹. En este sentido, cuando se llega a la conclusión de que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal y, como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad. No obstante, dado que la conducta se reputa típica y antijurídica, la apreciación de la eximente no impedirá el retorno de la posesión del inmueble a su legítimo propietario. Por tanto, la aplicación de esta eximente no plantea tantos problemas desde un punto de vista político-criminal.

III. La conciencia de la antijuridicidad. El error de prohibición

Una vez examinadas las eximentes del art. 20 CP, aquí se procede a analizar la posibilidad de excluir la responsabilidad de los autores de una usurpación de inmuebles con base en la figura del error de prohibición, recogida en el art. 14.3 CP¹³⁰. Por lo general se entiende que, a diferencia del error de tipo, el error de prohibición no afecta al injusto del hecho, pero excluye o atenúa la culpabilidad¹³¹. El presupuesto de la existencia del error de prohibición reside en la afectación de la conciencia o del conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Así las cosas, la apreciación de la concurrencia del error de prohibición cabe: 1. En los casos de actuación con desconocimiento de la ilicitud del hecho. 2. En los supuestos en los que el sujeto cree proceder amparado por una causa de justificación inexistente. 4. Cuando el error se manifiesta en relación a los límites normativos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto)¹³². Según la doctrina y la jurispruden-

¹²⁸ Me refiero aquí al estado de necesidad denominado “justificante”.

¹²⁹ Es interesante el enfoque de SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*. En esta obra el autor se plantea si una exculpación prohibida no es acaso un indulto sistematizado.

¹³⁰ Véase, ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 518; COLINA OQUENDO, P./RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal concordado y comentado (...)*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2015, 5ª ed., pp. 191-194; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 2011, pp.112-122.

¹³¹ Al respecto del error de prohibición, FELIP SABORIT, D., *La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad. (...)*, Tesis doctoral. Departamento de Derecho. Universidad Pompeu Fabra, 1997.

¹³² Tal será el caso del que cree que ocupa una vivienda por hallarse en estado de necesidad, aunque ésta no sea su situación real por haber podido acceder a la vivienda a través de cauces lícitos. No obstante, en este caso, dado que en el supuesto descrito el sujeto no actúa evitando un mal equivalente, aunque entiende erróneamente que lo hace, cabrá legítima defensa por parte de aquél que ve afectado su bien jurídico. El error sobre los límites de una causa de justificación equivale al error de prohibición. Tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, se acepta unánimemente la concurrencia de error de prohibición, en el caso en el que el sujeto se equivoca sobre la existencia o límites de una causa de justificación. Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de derecho penal. Parte general*, pp. 482 y ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 861 y ss., defiende una teoría restringida de la culpabilidad y entiende que el error sobre la existencia y los límites de una causa de

cia mayoritarias¹³³, no puede apreciarse la concurrencia de error cuando el autor no descarta la seria probabilidad de que su conducta sea genéricamente contraria a Derecho. Por ello, resulta difícil argumentar la exculpación de quien usurpa por motivos ideológicos, en la medida en que éste incumple la norma con pleno conocimiento, por considerarla injusta. En mi opinión, únicamente podría apreciarse el error, en estos casos, respecto a los límites de la causa de justificación de actuar en el ejercicio de la libertad ideológica (art. 20.7 CP, con relación al art. 16 CE). En cambio, en cuanto a las ocupaciones llevadas a cabo por razones de necesidad, podría plantearse el error, en primer lugar, con base en el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta¹³⁴. Todo y resultar complejo de argumentar que, en el marco de los sistemas socio-económicos vigentes, alguien desconozca la existencia de la propiedad privada y de los derechos a la misma inherentes, cabría pensar en el ejemplo hipotético de una persona de socialización exótica y baja culturización, que se incorpora súbitamente a nuestro sistema, con un desconocimiento total del mismo¹³⁵. Quizá en este caso, si el mencionado sujeto ocupara una casa ajena, cabría la exculpación de su conducta por desconocimiento de la ilicitud del hecho.

Sin embargo, lo cierto es que nuestra jurisprudencia rechaza la apreciación del error de prohibición por desconocimiento de la ilicitud del hecho en todos los casos. Así, por ejemplo, la SAP Orense 26/2005¹³⁶ expone, a propósito de la usurpación pacífica de inmuebles, con relación a la apreciación de un error de prohibición, que: “(...) se trata de una infracción cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada (...)”.

justificación constituyen un error de prohibición, mientras que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación integran el error de tipo.

¹³³ La STS 865/2005, de 24 de junio (Julián Sánchez Melgar), no aprecia la concurrencia de error vencible, respecto del delito de apropiación indebida del accionista que retira los fondos de la sociedad mercantil a la que pertenece, por consejo de su abogado. La resolución mantiene que la situación de duda es incompatible con la de creencia errónea. En el mismo sentido, en un caso de estafa, STS 898/2014, de 22 de diciembre (Julián Sánchez Melgar), expone que “(...) no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa”. También, al respecto del delito de abusos sexuales: STS 336/2009, de 2 de abril (Andrés Martínez Arieta); STS 266/2012, de 3 de abril (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

¹³⁴ NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: (...)*, p. 169, expone que la hiperproducción legislativa, los cambios legislativos vertiginosos, la mayor complejidad de las normas penales, la mayor frecuencia de los viajes y de las migraciones (...) tienen como consecuencia la hipertrofia del derecho y favorecen la indiferencia del ciudadano.

¹³⁵ Al respecto, NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, pp. 169 y 172, expone que, respecto del sujeto que no se plantea dudas, en relación a la antijuridicidad de su conducta, no podrá afirmarse que ha tomado una decisión responsable contraria a un deber. A lo anterior añade que la esencia de la evitabilidad del error se centra en la capacidad real de conocer el injusto y que para demostrar la concurrencia de la duda como estado psíquico, se ha de estar a un juicio de inferencia. En función del mismo, se habrá de considerar si existen indicios de la preexistencia de una conciencia eventual de la antijuridicidad, poniéndose en el lugar de un sujeto de las mismas características y circunstancias que el que alega el error. Igualmente, OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. (...)*, pp. 168-169; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV, *Memento práctico penal*, p. 278.

¹³⁶ SAP Orense 26/2005, de 29 de abril (José Arcos Álvarez).

En segundo lugar, también cabría plantearse el error acerca de la existencia de una causa de justificación. Así, en el caso hipotético de un inmigrante que acaba de obtener la residencia y que decide ocupar una vivienda vacía, creyendo que el hecho de tener residencia en el país justifica su conducta.

No obstante, en el marco de las ocupaciones llevadas a cabo por motivos de necesidad, entiendo que el error que puede concurrir con mayor frecuencia es aquél que afecta a los límites de la causa de justificación de actuar en estado de necesidad. Por ejemplo, en el caso del sujeto que realiza la usurpación creyendo que una mera situación de paro laboral es un mal suficiente como para que su conducta pueda quedar justificada.

Dado que el error de prohibición afecta a la culpabilidad del sujeto y no a la anti-juridicidad de la conducta, no plantea tantos problemas desde un punto de vista político-criminal, como las eximentes que recogen causas de justificación. En este sentido, la apreciación de un error de prohibición, respecto a un sujeto que usurpa un inmueble ajeno en la creencia errónea de que le ampara la eximente de estado de necesidad, no implica que en un caso similar vaya a aplicarse también el error. Esto es así, en la medida en que el error se predica del estado interno de un sujeto en concreto y no de las circunstancias que engloban la realización de la conducta. Por ello, de entrada no excluyo que pueda plantearse la concurrencia de error en todos los ejemplos propuestos. Ahora bien, descarto que el error de prohibición pueda servir de forma genérica para eliminar la culpabilidad de los sujetos que usurpan inmuebles. Habrá que estar al caso concreto y decidir si, en ese supuesto de hecho, el autor realmente se hallaba en error.

IV. Conclusiones

PRIMERA (introducción): En el actual periodo de crisis cada vez han cobrado mayor importancia las ocupaciones llevadas a cabo por necesidad, frente a aquéllas motivadas en razones ideológicas. Este primer tipo de ocupación tiene interés práctico desde la perspectiva de las eximentes. Por ello, el objetivo de este artículo es precisar en qué casos es posible la apreciación de eximentes en relación a supuestos de ocupación por motivos de necesidad.

SEGUNDA (las ocupaciones realizadas por necesidad; el ejercicio del derecho a una vivienda digna): El derecho a una vivienda digna goza del estatus de derecho subjetivo, es decir, establece una situación de poder individual susceptible de tutela jurídica. El mismo se configura como la facultad que tiene todo ciudadano español, que carece de medios suficientes, de acceder a una vivienda digna o de conservarla, y de que los Poderes Públicos hagan efectivos estos extremos. De esto último se deriva que el derecho reseñado no deba condicionarse al hecho de que los organismos públicos prevean los correspondientes mecanismos de acceso a la vivienda. En

este sentido, no puede negarse su ejercicio cuando éstos incumplen con sus obligaciones. Así, el contenido del derecho a una vivienda digna recoge una facultad de autotutela del mismo, como *ultima ratio* en los casos de incumplimiento de los deberes impuestos a los Poderes Públicos. No obstante, esta posibilidad deberá valorarse a través de un juicio de proporcionalidad, basado en el principio del interés preponderante. Esto último supondrá la exclusión de la eximente respecto de las usurpaciones de bienes de titularidad privada, porque, en el marco del conflicto entre el derecho a una vivienda digna y el derecho de posesión derivado del dominio, el primero no puede considerarse preponderante frente al segundo. Esta solución es adecuada desde una perspectiva político-criminal, en la medida en que la eximente estudiada tiene la condición de causa de justificación y que su apreciación implica la adecuación de la conducta con la totalidad del ordenamiento. No obstante y, por el contrario, considero que cabría la apreciación de la eximente en ciertos supuestos de usurpación de inmuebles de titularidad pública, en los casos de españoles sin recursos suficientes para poder acceder o conservar una vivienda y cuando se constatará que las vías legales previstas a tales efectos estaban condenadas al fracaso en el caso concreto.

TERCERA (las ocupaciones realizadas por necesidad; el estado de necesidad): La eximente de estado de necesidad es la mayormente alegada en los casos de usurpación de inmuebles, pero nuestra jurisprudencia restringe al máximo la apreciación de la misma, siendo extremadamente exigente en cuanto a la determinación de cuándo deben evaluarse como agotados todos los medios posibles de acceso a una vivienda. Si se toma en consideración que el sector de la población que se halla en circunstancias de extrema pobreza es limitado y se valora la existencia de una situación de necesidad bajo un criterio de temporalidad, no parece que la apreciación de la eximente estudiada pueda representar un peligro en los términos del *slippery slope* o pendiente resbaladiza. Teniendo en cuenta los dos factores enunciados (casos de extrema pobreza y durante el periodo temporal en que se presenta la situación de necesidad), aquí se defiende que el criterio de la subsidiariedad debería observarse de manera más laxa y, *de lege ferenda*, el Estado habría de mejorar los cauces de acceso a una vivienda digna. Por otra parte, también en relación a la aplicación de esta eximente, deberían valorarse de distinta forma las usurpaciones de inmuebles de titularidad pública de las de bienes de condición privada. Al respecto es relevante la distinción que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo. Este último se presenta cuando el agente, que actúa en estado de necesidad, lesiona intereses del sujeto de cuya esfera emana el peligro. Entiendo que la configuración del derecho a una vivienda digna como derecho subjetivo y, la paralela obligación de los Poderes Públicos de hacerlo efectivo, se traducen en la existencia de un deber institucional de garantía en la materia. De lo anterior puede derivarse, que ciertas situaciones de

necesidad serían imputables al Estado. A diferencia de lo que se planteó respecto a la exigente de actuar en el ejercicio del derecho a una vivienda digna, el estado de necesidad podría apreciarse incluso cuando el Estado hubiera previsto vías de acceso y conservación de una vivienda para el caso concreto, pero las mismas no fueran idóneas para solucionar la situación de necesidad actual, debido por ejemplo a las dilaciones del procedimiento. Por otra parte, otro caso en el que cabría valorar la aplicación del estado de necesidad defensivo sería con relación a la usurpación de inmuebles objeto de embargo por parte de entidades bancarias, cuando la actuación de la entidad bancaria hubiese generado el estado de ruina del agente y le hubiera conducido a la incapacidad de acceder o de conservar una vivienda. En estos supuestos, el especial deber de tolerancia quedaría fundamentado en un título de responsabilidad por organización y, permitiría justificar, con base en el estado de necesidad defensivo, tanto las prolongaciones de la ocupación de un inmueble por parte de los expropietarios del mismo, cuando éste ha pasado a la titularidad de una entidad bancaria por impago de un préstamo hipotecario, como la ocupación de un inmueble vacío, titularidad del banco que hubiere “causado” la situación de necesidad. En cualquier caso, la apreciación de una situación de estado de necesidad defensivo supondrá una valoración más laxa de la concurrencia de los requisitos de aplicación de la exigente estudiada.

CUARTA (las ocupaciones realizadas por necesidad; el miedo insuperable): Raramente se ha valorado por nuestra jurisprudencia la posibilidad de apreciar la exigente del art. 20.6 CP respecto de un caso de usurpación de inmuebles. Lo anterior posiblemente se deba a que la exigente que generalmente alega la defensa en estos supuestos es la de actuar en estado de necesidad. No obstante, resulta interesante tomar en consideración la posibilidad de alegar la causa de inexigibilidad de actuar movido por un miedo insuperable, respecto a usurpaciones llevadas a cabo por necesidad y que no cumplen con los requisitos que recoge el art. 20.5 CP.

QUINTA (la conciencia de la antijuridicidad; el error de prohibición): En relación con las usurpaciones llevadas a cabo por necesidad, el error que puede concurrir con mayor frecuencia es el que afecta a los límites de la causa de justificación de actuar en estado de necesidad. No obstante, también cabría plantearse la existencia de error respecto a dos aspectos más: 1. El desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en casos de personas de socialización exótica y baja culturización. 2. La existencia de una causa de justificación.

Bibliografía

- AGUDO, A., “La pobreza grave ya afecta a 3000000 de personas en España”, *El País*, 10/10/13.
- MORALES GARCÍA, O. (dir.), *Código Penal con jurisprudencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 667-671.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G (coord.), *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia*, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2017, 6º ed, pp. 249-252 y 256-258.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 104-106.
- CARUSO FONTÁS, V., “La protección penal del legítimo disfrute de la vivienda”, en FRANCISCO MUÑOZ CONDE (dir.), *Análisis de las reformas penales. (...)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 76.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Vol III, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 140 y ss.
- COCA VILA, I., “Entre la responsabilidad y la solidaridad el estado de necesidad defensivo”, *Indret*, núm. 1, 2011, pp. 1-40.
- COLINA OQUENDO, P./RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2015, 5ª ed., pp. 191-194 y 249-255.
- CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 2011, pp.112-122 y 183-215.
- CUERDA ARNAU, Mª. L./ VIVES ANTÓN, T. S., en COBO del ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 518.
- DE ALFONSO LASO, D./BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El Código Penal Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, pp. 40-43.
- EFE, “Uno de cada cinco españoles vive por debajo del umbral de la pobreza”, *El Mundo*, Madrid, 27/05/2014.
- FELIP SABORIT, D., *La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, Tesis doctoral, dirigida por SILVA SÁNCHEZ, J.M., Departamento de Derecho. Universidad Pompeu Fabra, 1997.
- FERRANDO NICOLAU, E., “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 9, 1992, p. 319.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Ilicitud, culpa y estado de necesidad: Un estudio de la responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil*, Dykinson, 2006, Madrid, pp. 111-192.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Universidad complutense, 1979, p. 66.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 437 y ss.
- GRANADOS PÉREZ, C., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas*, La Ley-Actualidad, S.A., 2007, pp. 159-163.
- HERRANZ CASTILLO, R., “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 435, 2000, pp. 1-5.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Barcelona, 1995, pp. 493-496, 500-502.
- JIMÉNEZ PARIS, J.M., *La ocupación de bienes inmuebles en el Código Penal español*, Reus, 2018, p. 251-252.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 12-25.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de derecho penal. Parte general*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 482 y ss.
- LLOBET ANGLÍ, M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, nº 3, *Indret*, 2010, pp. 1-44.

- MANGAS CAMPOS, A., “La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial”, *Diario La Ley*, nº 8672, 2015, *passim*.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Delitos de acción. La antijuridicidad I y “Delitos de acción. La antijuridicidad II”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.)/ MORENO TORRES-HERRERA, M^a. R. (coord.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 314.
- MARSHAL BARBERÁN, P., “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la CE”, *Estudios constitucionales*, nº 1, 2010, pp. 43-78.
- MARTÍ MARTÍ, J., “La protección del Derecho Penal frente a la ocupación de los Bienes Inmuebles por colectivos ‘ocupas’”, *La Ley*, nº. 7999, 2013, *passim*.
- MARTÍNEZ DE ESCAMILLA, M., “‘Los correos de la cocaína’ y el Tribunal Supremo: Pobreza, estado de necesidad y prevención general”, en OCTAVIO TOLEDOY UBIETO, E. (coord.)/CORTÉS BECHIARELLI, E. (COORD.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 701-740.
- MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., “De la usurpación”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal (Tomo 3)*, Thomson Reuters (Aranzadi), Navarra, 2015, pp. 145-155.
- MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el crecimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2004, pp. 125 y ss.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 137, 454-483, 514.
- MESTRE DELGADO, E., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en LAMARCA PÉREZ, C., (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2015, 3^a ed., pp. 355-361.
- MIRAPEIX LACASA, N., *La usurpación pacífica de inmuebles*, Tesis doctoral, dirigida por LLOBET ANGLÍ, M./FELIP SABORIT, D., Departamento de derecho. Pompeu Fabra, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., en AAVV., *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 186, 203-213.
- MORA AGUILAR, H., “Inmueble: Revista del sector inmobiliario”, nº 164, 2016, pp. 18-23.
- NOGUEIRA GANDÁSEGUI, D., *Los delitos de usurpación de inmuebles en el Código Penal de 1995*, Universidad de Santiago de Compostela. Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 1985, pp. 131 y ss.
- NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, S.A. Atelier libros, 1999, p. 169.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, 2007, pp. 168-169.
- ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 401-404; 419-429; 518.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, 8^a, pp. 632/639.
- PAWLICK, M., “El estado de necesidad defensivo y justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, *Academical Journal. Derecho Penal y Criminología*, Vol. 34, 2013, pp. 13-29.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentario a la reforma*, Madrid, 2011, pp. 27.

- ROBLES PLANAS, R., “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos”, en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Derecho penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, p. 462.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2006, 4ª reimpresión, pp. 193, 602, 671-675, 734.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema del derecho penal*, Hammuabi, Barcelona, 2000, 2ªed., pp. 24 y ss.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M., *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión”, en AAVV, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 156-159.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Mª., “Sobre el estado de necesidad en derecho penal español”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, fasc 3, 1982, pp. 664 y ss.
- SUST, T., “La pobreza extrema se ha duplicado en España en 5 años”, *el Periódico*, 11/10/13.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 24-25.
- WILENMANN, J., “El fundamento del derecho penal justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de derecho* nº 1, 2014, pp. 213-244.

Referencias normativas

- Constitución Española, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5 de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE nº 243, 10 de octubre de 1979.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.
- LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE nº 281 de 24 de noviembre de 1995.
- LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, BOE nº 86, de 11 de abril de 2006.
- LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, BOE nº 172, de 20 de julio de 2006.
- LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las islas Baleares, BOE nº 5, de 1 de marzo de 2007.
- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal nº 77, de 31 de marzo de 2015.
- LO 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, aprobada por el Gobierno Vasco, BOE nº 166, de 13 de julio de 2015.

Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, BOE nº 154, de 26 de junio de 2008.

Resoluciones judiciales y jurisprudencia

ATC 223/2005, de 24 de mayo (M^a. Emilia Casas Baamonde).
STC 97/2018, de 19 de septiembre (Andrés Ollero Tasare).
STS 87/1998, de 3 de septiembre (María Jover Carrión).
STS 2002/2001, de 18 enero (José Antonio Marañón Chavarri).
STS 1491/2002, de 16 septiembre (Luis Román Puerta Luis).
STS 2067/2002, de 13 de diciembre (Cándido Conde-Pumpido Tourón).
STS 12/2002, de 21 de enero (Perfecto Andrés Ibáñez).
STS 1439/2005, de 21 marzo (Gregorio García Ancos).
STS 49/2005, de 22 de abril (M^a Félix Tena Aragón).
STS 1253/2005, de 26 de octubre (Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).
STS 1248/2006, de 5 de diciembre (Carlos Granados Pérez).
STS 336/2009, de 2 de abril (Andrés Martínez Arieta).
STS 470/2009, de 7 de mayo (Andrés Martínez Arrieta).
STS 930/2010, de 21 de octubre (Luciano Varela Castro).
STS 129/2011, de 10 de marzo (Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).
STS 1046/2011, de 6 de octubre (Alberto Jorge Barreiro).
STS 266/2012, de 3 de abril (Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).
STS 237/2012, de 29 de marzo (Joaquín Jiménez García).
STS 659/2012, de 26 de julio (Antonio del Moral García).
SAP Madrid 217/1998, de 5 de mayo (Adoración María Riera Ocáriz).
SAP Madrid 556/1999, de 1 de diciembre (M^a Luisa Silva Castaño).
SAP Burgos 121/2000, de 17 de enero (José Luis López del Moral Echevarría).
SAP Cádiz 108/2000, (Ceuta), de 9 de noviembre (M^a Fernanda García Pérez).
SAP Madrid 176/2000, de 28 de abril (Adrián Varillas Gómez).
SAP Córdoba 76/2000, de 9 de octubre (Pedro Roque Villamor Montoro).
SAP Madrid 603/2002, de 4 de septiembre (Carmen Daniela Díaz).
SAP Murcia 39/2002, de 9 de mayo (María Pilar Alonso).
SAP Madrid 1/2004, de 7 de enero (M^a Pilar Abad Arroyo).
SAP Madrid 234/2004, de 28 de mayo (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez).
SAP Madrid 396/2004, de 23 de septiembre (M^a Catalina Pilar Alhambra Pérez).
SAP Madrid 629/2004, de 24 de junio (M^a Cruz Alvaro López).
SAP Cáceres 49/2005, de 22 de abril (María Félix Aragón).
SAP Orense 26/2005, de 29 de abril (José Arcos Álvarez).
SAP Badajoz 72/2007, de 12 de abril (Marina de la Cruz Muñoz Acero).
SAP Huesca 66/2012, de 28 de marzo (Santiago Serena Puig).
SAP Barcelona 425/2012, de 25 de abril (Esmeralda Ríos Sanbernardo).
SAP Barcelona 120/2013, de 6 de febrero (Aurora Figueras Izquierdo).