

### **3. INTERVENCIÓN DE ANTONIO TERRASA GARCÍA EN MESA REDONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES**

#### **Notas sobre el delito leve de usurpación de bienes inmuebles**

Aunque en principio la problemática relacionada con el delito leve de usurpación de inmuebles no parezca extraordinariamente rica, presenta sin embargo algunas cuestiones bastante discutibles.

Para tratar de resumirlo en el poco tiempo de que dispongo, diré que -para mí- esta figura penal ofrece una doble dificultad:

- a) primero la siempre cuestionable discriminación entre hecho y derecho.
- b) y también la determinación del bien jurídico protegido.

Me dirán que son aspectos eminentemente teóricos que pugnan con la versatilidad demandada por una mesa redonda, pero al fin y al cabo tampoco resultan tan insólitos para una actividad organizada por esta Academia.

En cuanto a lo primero (la evanescente discriminación entre el hecho y el derecho), la dogmática ha demostrado que no siempre podemos determinar con rotundidad cuándo un fenómeno o una situación corresponde a uno u otro campo, y por tanto encontramos verdaderos problemas para separarlas netamente, probablemente porque -en definitiva- no pueden ser consideradas auténticas categorías autónomas y excluyentes.

Por tanto, dudar si la posesión es un hecho o un derecho solo contribuye a desenfocar la cuestión y perpetuar el misterio.

Más interés presenta saber desde cuándo el hecho posesorio empieza a poder ser contemplado por el derecho, y a partir de cuándo o en qué condiciones ya produce consecuencias jurídicas.

El catedrático de derecho civil y hoy académico de número en esta corporación D. Miguel Coca Payeras, en el *Comentario del Código Civil* (editado por el Ministerio de Justicia en Madrid durante el año 1991,

p. 1160 y ss.), formuló un acabado y meticuloso análisis dirigido a tratar de ordenar de modo coherente la regulación de la posesión en el CC.

Allí afirmó que ésta responde a una relación de poder, es decir un control jurídicamente reconocible, y por tanto la relación puramente material (*corpus*), sea aprehensión de mueble u ocupación de inmueble, determina una simple detentación que -por sí sola- no constituye auténtica posesión.

La posesión natural requiere, además de esa detentación, una tenencia con cierta capacidad de reconocimiento jurídico, o sea una mínima visibilidad posesoria opuesta a la clandestinidad (*nec clam, nec vi, nec precario*).

Mientras que la posesión civil exige, además, la voluntad de tener la cosa como propia (*animus*).

El Código Civil (CC) acudió a semejante distinción -perfectamente prescindible- entre posesión natural y civil, precisamente porque la protección interdicial engloba tanto la simple detentación como la auténtica posesión.

Así en el art. 441 CC se prohíbe que el despojado use su propia fuerza para recuperarlas, pero no por dificultades derivadas del derecho civil, sino por exigencias de orden público, que imponen solicitar el auxilio de la Autoridad competente

Pero es importante recordar que el propio CC contempla, como formas válidas para adquirir la posesión, en su art. 438, la ocupación material, y, en su art. 444, la ocupación violenta o contraria a la voluntad del poseedor, y esto último aunque (según el art. 460.4º) el despojado mantenga su derecho de recuperación durante un año mediante la correspondiente acción posesoria.

Por tanto, la ocupación violenta también viene recogida y tratada a los efectos civiles; y en estas condiciones, podría no ser fácil distinguir cuándo la conducta corresponde a la órbita civil, la penal, e incluso la administrativa, porque ese mismo comportamiento también resulta gubernativamente sancionable por razones de orden público.

En el Código Penal (CP) de 1995 se introdujo (art. 245.2) el delito leve de ocupación no autorizada, pero sin violencia ni intimidación, o el mantenimiento contra la voluntad del titular, de inmuebles que no constituyan morada, en respuesta a la menor entidad delictiva por no tratarse de domicilio ni mediar violencia o intimidación, supuestos de mayor gravedad tipificados en el art. 202 CP como delito grave de usurpación.

Para empezar, me referiré a si esta figura penal entraña un delito de resultado o por el contrario un delito de mera actividad.

En general se consideran delitos de mera actividad los que no necesitan la producción de un resultado (allanamiento de morada, falso testimonio), pero a tenor del disenso sobre los aspectos objetivo y subjetivo del injusto, y las diferencias de tratamiento dogmático en torno al desvalor de la acción y del resultado, el problema radica en fijar lo que se debe entender por resultado.

Podría apuntarse al paulatino desplazamiento de las bases naturalísticas, progresivamente sustituidas por otras de carácter normativista, y así -simplificando y a trazo grueso- se ha escrito (ALCALE SÁNCHEZ María, «Los delitos de mera actividad», RDPC, 10, 2002, pág. 20) que podrían considerarse delitos de mera actividad los no necesitados de un resultado natural, en el sentido de consecuencia natural derivable de la acción delictiva.

En este aspecto, la afectación de derechos patrimoniales respondería a esta situación de mera actividad, o sea la producción de un resultado puramente jurídico y no necesariamente natural (que también puede concurrir, pero que no resulta necesario).

En cuanto al bien jurídico protegido, nuestro CP incluye esta figura entre los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico.

La STS 2ª 12 Nov. 2014 ha considerado que la protección se refiere al pacífico ejercicio del derecho sobre el patrimonio inmobiliario, y ésta parece ser la opinión doctrinal mayoritaria.

Nótese que cuando esta sentencia reduce la protección penal a los supuestos de *riesgo relevante para la posesión*, lo hace para excluir solamente las ocupaciones ocasionales o sin vocación de permanencia, pero no se incluyen -al menos expresamente- otras posibles situaciones como el desinterés o el abandono.

Señala esta sentencia que ese <<riesgo relevante>> *es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta*, lo que parece apuntar a la falta de tipicidad antes que a la ausencia de antijuridicidad, lo cual resulta difícil de asumir en tanto la formulación típica resulta inequívoca, y en cambio es la falta de lesión efectiva, o en su caso la falta de exposición potencial del bien jurídico a un verdadero riesgo de lesión, lo que dota a la conducta de irrelevancia penal, es decir, la insignificancia antijurídica de la conducta.

Además, cuando dicha sentencia se refiere a la carencia de título jurídico legitimador que respalde la ocupación, parece anudar -con una claridad manifiestamente mejorable- la situación de precario a los casos de autorización expresa dada por el poseedor (es decir el contrato de precario, el *precario dans* romano) olvidando que nuestro concepto de precario incluye, además, los supuestos de mera tolerancia, sin que quepa descartar ocupaciones bajo una expectativa razonable de tolerancia, a medio camino entre la atipicidad o el error de tipo.

También se ha defendido que la protección penal recae sobre la posesión, y así el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Baleares, tomado por mayoría en fecha 28 de mayo de 2019, señala que: *El bien jurídico protegido desde un punto de vista de la antijuridicidad material, que no formal, consiste, no en la propiedad sino en la posesión...*

Pese a lo ambiguo de la redacción, no creo que se pretenda extraer el bien jurídico protegido de la antijuridicidad, algo así como querer levantarse tirándose del cabello, porque la antijuridicidad (la contrariedad a Derecho) concurre cuando el bien jurídico protegido típicamente -y por ende preestablecido- ha sido lesionado, y no al revés.

Lo interesante es que -según el mencionado acuerdo mayoritario- el bien jurídico a proteger no consiste: *en la posesión mediata ni en la posesión civil, sino que lo que se protege es la posesión material, real y efectiva o inmediata, al servidor de la posesión.*

Es esta una referencia -probablemente desconcertante desde la óptica civil-, pero que unida a la invocación de la *función social de la posesión*, busca justificar la retracción punitiva ante situaciones posesorias que se consideran decadentes por inactivas, como los supuestos de desinterés, abandono, ruina, o falta de control posesorio efectivo.

En suma, se trata de ocupaciones producidas respecto de aquellos inmuebles cuyo titular se ha desentendido, lo que en concreto va siendo aplicado a las entidades bancarias que se han mostrado ajenas o inactivas en cuanto a su parque inmobiliario.

Una posición, no unánime en el mencionado pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Baleares, cuyo parecer minoritario enfatiza varios inconvenientes de la postura mayoritaria:

a) La primera censura radica en que no cabe interpretar la norma discriminando en función del sujeto pasivo, y retirar por ello la protección penal a determinadas personas jurídicas solo por estar dedicadas al crédito, al ahorro, la financiación, o a la gestión del patrimonio inmobiliario.

Aunque, en cuanto a este extremo, la verdadera cuestión estaría en determinar si la discriminación opera en realidad por el tipo de dedicación, o porque ésta determina en casos concretos un ejercicio inadecuado del derecho (o mejor una falta de ejercicio adecuado).

b) La segunda crítica atañe a que la libertad jurídicamente reconocible al poseedor sobre el ejercicio de su derecho no puede ceder frente a las exigencias de la función social, porque ésta no constituye un límite legalmente reconocido.

Lo cierto es que Antonio Hernández Gil (*“La función social de la posesión: Ensayo de teorización sociológico-jurídica”*. Alianza editorial. Madrid 1969), asoció la función social de la posesión a la dinamización del ordenamiento jurídico, preconizando la potenciación de ésta en detrimento de la propiedad (en base a los criterios de necesidad e igualdad), pero sin trasposición normativa al ordenamiento positivo.

En mi opinión, esta ausencia de respaldo normativo impide integrar la función social de la posesión como límite frente a la libertad de ejercicio jurídicamente reconocida al poseedor.

Y tampoco cabe aceptarla como parámetro con que establecer la relevancia o insignificancia antijurídica de la conducta en el caso concreto, pese a que la posición mayoritaria de la Audiencia Provincial de Baleares parece sugerirlo, porque ello exigiría que el mismo derecho aplicado a la misma situación determinase una consecuencia en el ámbito civil y la contraria en el penal.

Si en el orden civil la situación de un ocupante sin título legítimo frente a un poseedor resulta contraria a derecho pese a que este último no haya sido respetuoso o suficientemente considerado con la función social de la posesión, mal puede concluirse que tal situación carece de relevancia antijurídica en el orden penal.

Dicho de otra manera, no cabe que el derecho de posesión o la posesión como derecho sean diferentes según se apliquen a la esfera civil o a la penal, y que en una genere contrariedad a derecho, lo mismo que en la otra presenta irrelevancia antijurídica.

Las desdibujadas fronteras entre lo civil, lo penal, y lo administrativo, podrían tratar de perfilarse acudiendo a la gravedad del hecho o el grado de culpabilidad, en ambos casos del infractor, pero no por la adecuación o corrección con que la víctima haya hecho uso de un derecho respecto del que la función social no se ha erigido en límite normativo.

Y por cierto, para semejante viaje tampoco era necesario reducir el bien jurídico protegido a la posesión, pues -como se ve- la STS 2ª 12 Nov. 2014 introduce la exigencia concreta de riesgo relevante para ella, pero sin dejar de cobijarla bajo el manto protector más extenso que proporcionan el patrimonio inmobiliario y el orden socio-económico.

Al menos quienes proponen ampliar (en lugar de reducir) el bien jurídico, para incluir el orden público junto con el patrimonio inmobiliario, tienen algunos argumentos a su favor:

a) buena parte de la regulación sobre la posesión en el CC está teñida de vinculación con determinados aspectos de orden público.

b) desde que el art. 37 Ley 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana prevé para sanciones gubernativas para el mismo comportamiento penalmente tipificado resulta legalmente establecida su relación, si no superposición, con el orden público.

c) la STS 2ª 15 Nov. 2004 afirmó que este tipo de delito fue introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados “ocupas”.

En todo caso, la concurrencia entre la sanción administrativa para proteger el orden público y la penal para proteger el patrimonio inmobiliario, procede enfocarla como un concurso de normas que, según el art. 8.4 CP debe resolverse en favor del precepto más grave, bien que con severas dificultades en el caso de imprudencia.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, quizá convenga reseñar que la Instrucción del Fiscal Superior de esta Comunidad Autónoma a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (fecha el 10 de junio de 2019), no impone la detención de los ocupantes salvo cuando proceda; pero sí ordena su desalojo, bien que el art. 334 LECrim. articula la incautación y restitución a la víctima los instrumentos y efectos del delito como medida competencialmente atribuida al juez de instrucción y frente a la que cabe interponer recurso, sin perjuicio de añadir que existe una inveterada práctica

policial, creo que plausible, inclinada a restituir directamente los efectos a las víctimas dando cuenta al juez competente; aunque también es cierto que -en algunos casos- el desalojo directo por la policía podría enfrentarse a un despojo domiciliario que aconseje -en supuestos límite- la intervención judicial; y de ahí el interés relativo a la actuación del correspondiente juzgado de instrucción en funciones de guardia, aspecto que sin duda podrá exponer con mayor conocimiento de causa podrá la decana de los jueces de Palma presente en esta mesa.