



Trabajo Fin de Grado

La legítima defensa: Análisis doctrinal y jurisprudencial, en especial, de los supuestos de protección de la morada y su relación con el “fenómeno okupa”

Self-defence: Doctrinal and jurisprudential analysis, especially, of the cases of protection of the dwelling and its relationship with the squatting phenomenon

Autor

Sofía Roy Yus

Director

Eladio José Mateo Ayala

Facultad de Derecho
Grado en Derecho
Curso 2021-2022

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
1. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	6
2. METODOLOGÍA SEGUIDA.....	7
II. LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	8
1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	8
2. REQUISITOS OBJETIVOS.....	22
2.1. La agresión ilegítima.....	22
2.2. La necesidad de defensa.....	24
2.3. La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.....	28
2.4. La falta de provocación suficiente por parte del defensor.....	31
3. REQUISITOS SUBJETIVOS.....	33
4. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES.....	35
III. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LA MORADA.....	35
1. CONCEPTO DE MORADA. LA DISTINCIÓN ENTRE MORADA Y SEGUNDA VIVIENDA: OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO.....	36
2. REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS APLICADOS AL CASO CONCRETO.....	40
3. RELACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA MORADA Y LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS. EL “FENÓMENO OKUPA”.....	48
4. OTROS DELITOS COMETIDOS JUNTO AL “FENÓMENO OKUPA”	52
IV. EL FENÓMENO OKUPA EN RELACIÓN CON LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LA MORADA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL	57
V. VÍAS LEGALES Y QUIZÁS “NO TAN LEGALES” CONTRA LOS SUPUESTOS DE “OKUPACIÓN”	66
VI. CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	80
SENTENCIAS.....	82

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AD	Antecedente de hecho
AAP B	Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Coords.	Coordinadores
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
Dir.	Director/a
et al.	Y otros
Ed.	Edición
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
Númer.	Número
p., pp.	Página, páginas.
PAH	Plataforma de Afectados por la Hipoteca
ss.	Siguientes
RJ	Razonamiento jurídico
SAP B	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona
SAP M	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
SAP TF	Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife
SES	Secretaría de Estado de Seguridad
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional

RESUMEN

El objetivo pretendido con el presente Trabajo de Fin de Grado ha sido analizar la eximente de legítima defensa de la morada, por su especial vinculación con el famoso “fenómeno okupa”, realidad cada vez más patente en nuestra sociedad.

Así, en un primer lugar, se ha comenzado llevando a cabo un exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial de la eximente de legítima defensa, por considerar fundamental el asentamiento de unas bases sólidas entorno a la misma que nos permitan comprender posteriormente su alcance y aplicación concreta a los casos de protección de la morada, como bien jurídico por ella tutelado.

En ese sentido, se empezará abordando el tema relativo a su naturaleza jurídica y fundamento, como causa de justificación que encuentra su razón de ser en un doble fundamento (individual y supraindividual), para terminar hablándose, en este punto, de los requisitos que dicha eximente exige para su apreciación y los bienes jurídicos tutelables por aquella.

Analizados los aspectos mencionados, centraremos nuestra atención, en segundo lugar, en el caso concreto de la legítima defensa de la “morada” y “sus dependencias”, aclarando el contenido dado jurisprudencialmente a ambos conceptos y aplicando los requisitos anteriormente expuestos al caso concreto.

Ello derivará en la referencia al fenómeno okupa por la estrecha relación que mantiene con la legítima defensa de la morada, centrándonos en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado dicho fenómeno, así como en las diferentes vías de las que disponen los legítimos propietarios para actuar frente a este tipo de situaciones.

Por último, el trabajo concluye con la exposición de las conclusiones donde se recoge una síntesis del análisis desarrollado a lo largo de todo el trabajo y en las que se plasma un punto de vista crítico con esta controvertida realidad social.

ABSTRACT

The objective of this Final Degree Project has been to analyze the defense of self-defense of the dwelling, for its special connection with the famous "squatting phenomenon", reality increasingly evident in our society.

In the first place, therefore, an exhaustive doctrinal and jurisprudential analysis of the defence of self-defence, considering it essential to establish solid bases around it that will allow us to understand its scope and concrete application to cases of protection of the dwelling, as a legal asset protected by it.

In this sense, it will begin by studying the topic related to its legal nature and foundation, as a justification that finds its *raison d'être* in a double foundation (individual and supraindividual), to end up talking, at this point, the requirements that such a defence requires for its assessment and the legal assets that can be protected by it.

After analyzing the aforementioned aspects, we will focus our attention, secondly, on the specific case of the self-defence of the "abode" and "its dependencies" by clarifying the content given in case law to both concepts and applying the requirements set out above to the specific case.

This will result in the reference to the squatting phenomenon because of the close relationship it maintains with the legitimate defense of the dwelling, focusing on the jurisprudential treatment that has occurred said phenomenon, as well as in the different channels available to legitimate owners to act in such situations.

Finally, this project ends with the presentation of the conclusions where a synthesis of the analysis developed throughout the project is collected and in which a critical point of view is expressed with this controversial social reality.

I. INTRODUCCIÓN

1. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

El motivo que finalmente hizo que me decantara por el análisis y exposición de la legítima defensa y, en concreto, de la legítima defensa de la morada, como tema central del presente Trabajo de Fin de Grado, fue el especial interés que suscitó en mí el ya conocido por todos “fenómeno okupa”.

Las continuas noticias en los medios de comunicación acerca de los diversos supuestos de ocupación ilegal, llevados a cabo en el seno de la morada y sucediéndose todos ellos en los últimos tiempos, ponen de manifiesto diversas realidades que acontecen con motivo de este fenómeno. Así, en primer lugar, la tendencia en aumento del número de ocupaciones que se producen en nuestro país. En segundo lugar, el poco margen de actuación del que disponen los legítimos propietarios afectados por dichas ocupaciones para defender su derecho a la propiedad privada (art. 33 CE), a una vivienda digna (art. 47 CE) y también -y el más importante- su derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 18 CE), derechos que se ven lesionados con motivo de dicha ocupación y, por último, la respuesta ralentizada de la administración en la resolución de los mismos, lo que genera una sensación de inseguridad jurídica entre la población ante esta realidad de tan notorio apogeo.

Fue así como, en un intento por dar solución a todas estas realidades, decidí llevar a cabo un análisis más exhaustivo de este fenómeno, lo que supuso necesariamente el estudio de la legítima defensa de la morada, como causa de justificación de la conducta llevada a cabo por los legítimos propietarios en defensa de sus moradas, ilícitamente ocupadas, y, consecuentemente, el de la eximente de legítima defensa por ser la que asienta las bases sobre las que posteriormente se hace descansar esos supuestos de protección de la morada.

2. METODOLOGÍA SEGUIDA

Para el desarrollo del presente Trabajo de Fin de Grado ha sido preciso acudir al estudio de tres fuentes principales (legal, doctrinal y jurisprudencial) que han permitido llevar a cabo ese minucioso análisis que ha tenido lugar de la eximente de legítima defensa y, en concreto, de la aplicación de esta en aquellos supuestos de protección de la morada.

En ese sentido, se comenzó analizando el marco legal concedido a dicha causa de justificación, concretamente en el art. 20.4 CP en el que se configura la misma como una causa excluyente de la antijuridicidad, a la vez que se establecen los requisitos que deberán concurrir para su apreciación. De este primer análisis se obtuvo una concepción básica de la misma.

No obstante, no bastaba con dicha noción básica de la eximente de legítima defensa de la morada, sino que fue necesario, a su vez, llevar a cabo un estudio de la misma desde el punto de vista doctrinal, mediante la búsqueda en diversa bibliografía, y jurisprudencial, a través de la consulta de diferentes sentencias a nivel internacional, estatal y autonómico, estudio que permitiera llevar a cabo un análisis práctico de la aplicación que nuestros tribunales hacen hoy día de la presente causa de justificación y siendo, al mismo tiempo, el objetivo último pretendido con dicho trabajo la adquisición de amplios conocimientos en la materia que permitieran tener un pensamiento crítico sobre la misma, a la par que fundado.

Finalmente, se examina también el tratamiento jurisprudencial dado al “fenómeno okupa”, como fenómeno sociológico íntimamente relacionado con la legítima defensa de la morada por cuanto aquellas ocupaciones ilegítimas pudieran llevarse a cabo en el seno la morada, así como las posibles vías de las que disponen los legítimos propietarios frente a esta problemática, habiendo sido, algunas de ellas, configuradas legalmente y otras, en cambio, encontrarse en el límite de la ley.

II. LEGÍTIMA DEFENSA

1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

A grandes rasgos, podemos definir la legítima defensa como una causa que, exime de responsabilidad penal a su autor (el defensor) por considerarla necesaria para impedir o repeler determinadas agresiones injustas que se pudieran producir sobre los bienes propios o ajenos. Se trata de una eximente que cuenta con una larga tradición tanto doctrinal como jurisprudencial. Así, tanto el concepto como su regulación legal han ido evolucionando a lo largo de la historia, no siendo hasta la reforma del Código Penal de 1983 cuando se unificaron las tres variantes de legítima defensa existentes: la propia, la de parientes y la de extraños, otorgándoles idénticos requisitos y manteniéndose esta regulación prácticamente inalterada en el actual Código Penal de 1995¹, salvo en lo relativo a la legítima defensa ante una agresión constitutiva de falta, que desapareció tras la derogación de las faltas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal.²

La legítima defensa encuentra su regulación legal en el artículo 20.4 CP. De él se puede extraer la propia definición de dicha figura jurídica, así como los requisitos que deben concurrir y que han sido matizados jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo³. En base a dicho precepto, se entiende por legítima defensa a aquella conducta típica llevada a cabo por un sujeto que queda exento de responsabilidad criminal al haber obrado en defensa de la persona o derechos propios o ajenos frente a una agresión ilegítima a los mismos y haber concurrido en la misma determinados requisitos⁴, que serán estudiados más adelante.

Los fundamentos en los que se ha hecho descansar dicha eximente de responsabilidad penal han ido variando a lo largo de la historia⁵. En un primer momento,

¹VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 209.

² Véase disposición derogatoria única Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal

³ Entre otras, STS 1172/2006, de 28 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:7611; STS 7023/1993, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:1993:7023.

⁴ Véase artículo 20.4 del Código Penal.

⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 210.

se fundamentó en la existencia de una perturbación en el ánimo del agredido provocada por el injusto ataque del que era víctima, quedando así excluida únicamente de la legítima defensa, como causa de inimputabilidad, la culpabilidad de quien se defendía y no la antijuridicidad de la conducta de defensa llevada a cabo por dicho sujeto⁶.

Frente a la teoría de la perturbación del ánimo del agredido, como parte de la doctrina tradicional, autores tales como QUINTANO RIPOLLÉS sostuvieron la legitimidad de la defensa llevada a cabo por el sujeto agredido encontrando, entre otros, como fundamento evidente de la legítima defensa el instinto natural de conservación del hombre que le lleva a defenderse de forma innata ante todo tipo de agresiones o amenazas que pudiera sufrir⁷. Es por ello por lo que la crítica a esta tesis se basa en la imposibilidad de incluir en la eficacia de la legítima defensa la defensa de bienes jurídicos de terceros.⁸

Siguiendo con el sector doctrinal partidario de la licitud de la defensa, la falta de protección estatal sería otro de los fundamentos sostenidos por algunos autores⁹. La teoría de la falta de protección estatal defiende, como fundamento de la legítima defensa, la imposibilidad del Estado de ofrecer la protección o tutela jurídica que le corresponde brindar al bien jurídico agredido o amenazado en determinados casos, situación ante la cual otorga dicho privilegio a los sujetos agredidos para que sean ellos mismos, en nombre del Estado, quienes impidan el injusto ataque. Así, el fundamento estaría basado

⁶ Esta teoría fue prontamente rechazada de forma unánime, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 7 y 8., al considerar que quedaban excluidas del alcance de dicha eximente todas aquellas conductas defensivas en las que el agredido hubiera obrado en plenitud de sus facultades mentales, esto es, sin tan siquiera haberse visto mermadas sus condiciones de imputabilidad o sin haberse producido una previa perturbación en su ánimo, así como posibilitaba la inclusión en el alcance de la misma de todas aquellas conductas defensivas en las que el defensor hubiera sufrido una perturbación de ánimo, solo por el hecho de sufrir dicha perturbación y aunque la agresión frente a la que se defendiera fuera justa, legítima.

⁷ Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 18.

⁸ Las graves dificultades que plantea dicha teoría a la hora de fundamentar la defensa de terceros es una de las principales críticas que existen respecto a la misma ya que ya no se trataría del denominado “instinto de propia conservación” sino que se acercaría más a un “sentimiento de generosidad” hacia los demás lo que exigiría valorar positivamente a este último para compensar la diferencia de potencia en comparación con el instinto de conservación: “la defensa propia es la más natural, pero la defensa del extraño es la más noble”. Junto a la anterior, otra de las críticas que LUZÓN PEÑA, D. M., (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 29 y 30) plantea es que si el fundamento fuese el instinto de conservación del individuo la legítima defensa sería concebida no tanto como una causa de justificación sino más como una causa de exclusión de culpabilidad en la que la actuación del sujeto no encontraría motivación en la norma y, por ello, no quedaría excluida la antijuridicidad; pues el instinto de conservación puede impulsar tanto a algo justo como a algo claramente injusto, por lo que no se puede afirmar sin más la licitud de una conducta sólo por dicho instinto nos mueva a ella.

⁹ FEUERBACH, en, *Lehrbuch*, 11^a ed., 1832, p.31., como citado en LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 21.

únicamente en una postura supraindividual de la legítima defensa, esto es, basado en la necesidad de defensa del orden jurídico frente a agresiones ilegítimas como única razón de ser de la legítima defensa como derecho de los individuos, tesis que también ha sido criticada por autores tales como RODRIGUEZ MOURULLO¹⁰ que, en defensa del concepto de no subsidiariedad de la defensa, niegan la falta de intervención estatal como único fundamento de la legítima defensa por no constituir requisito esencial de la misma

Frente a la gran diversidad de fundamentos sostenidos por los diferentes grupos doctrinales a lo largo de la historia, es hoy opinión dominante la que reconoce un doble fundamento de la legítima defensa: individual y supraindividual.¹¹

El fundamento individual encuentra su razón de ser en la necesidad en que se ve inmerso el sujeto de defender los bienes jurídicos personales o individuales protegidos jurídicamente y puestos en peligro frente a una agresión ilegítima¹², legitimando así al individuo para defender dichos bienes. Se excluyen así del alcance de dicha eximente la defensa de otros bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

El fundamento supraindividual encuentra su base en la necesidad de defensa del orden jurídico, sustentada en la idea del prevalecimiento del ordenamiento jurídico frente a las agresiones antijurídicas, motivo por el que “el Derecho no debe ceder ante lo injusto”¹³. Se priorizan así los intereses comunitarios que resultan fundamentales para asegurar la estabilidad del sistema y del Estado de Derecho asegurando su defensa a través del otorgamiento por parte del Estado a favor del defensor el poder de defender el ordenamiento jurídico. No obstante, tal y como expone RODRIGUEZ MOURULLO¹⁴, se trataría no de un poder absoluto de defensa, sino de un poder sometido a determinados

¹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, 1976, p. 62., como citado en LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 25.

¹¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 210.

¹² LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 45 y 46.

¹³ Se trata de un aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa. Sostenido por, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 403; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, 2010, p. 434.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, p.196.

¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, 1976, pp. 60-66, como citado LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 49.

límites y principios (principio de proporcionalidad, principio de menor lesividad, etc.) que aseguraría el ejercicio de la legítima defensa con arreglo al ordenamiento, como derecho subjetivo de los individuos que actúan en sustitución del Estado, siendo a este último al que le corresponde, a priori, en exclusiva la imposición coactiva del orden jurídico frente al injusto. Conviene destacar, por último, la función de prevención general de la que dota dicho fundamento a la legítima defensa¹⁵, la cual se presenta como un medio eficaz de intimidación ante potenciales agresores pues su regulación como eximente de responsabilidad penal advierte a dichos agresores de que los sujetos que vean afectados bienes jurídicos individuales frente a agresiones ilegítimas podrán defenderlos, encontrando su conducta motivación en el ordenamiento jurídico, es decir, siendo conforme al Derecho y por ello no castigada.

Si solo se tuviese en consideración alguno de estos dos fundamentos monistas de forma aislada, sin apreciar la existencia de una conexión o relación necesaria entre ambos, la delimitación del alcance concreto, así como de los límites de la eximente de la legítima defensa se vería entorpecida en numerosos supuestos. En ese sentido, teniendo en cuenta únicamente el fundamento supraindividual cabría decir que no existe un principio absoluto de prevalencia del Derecho frente a la agresión injusta que llevaría a afirmar la legitimidad de la defensa incluso en aquellos casos en los que los bienes del agresor son lesionados en mucha mayor proporción a los bienes que se pretendían defender por encontrar como único fundamento la no cesión del Derecho ante lo injusto. Además, este fundamento por sí solo no tendría en cuenta que en la legítima defensa, como se verá, los únicos bienes tutelados son bienes jurídicos personales¹⁶. Si, por el contrario, se atendiese al fundamento individual exclusivamente, se estaría ignorando la causa que origina el peligro para el bien jurídico personal, es decir, se estaría obviando su procedencia en una agresión ilegítima. En ese sentido, se permitiría equiparar en un plano de igualdad las conductas llevadas a cabo por el agresor y el defensor por haber cometido ambos una agresión sobre bienes jurídicos personales o ajenos, al no tener en cuenta que el defensor

¹⁵ En ese sentido se han pronunciado MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, 2010, p. 434; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 49.

¹⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 210; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 402 y 408.

llevaría a cabo dicha conducta en defensa y afirmación del Derecho -de ahí la posición del Derecho a favor del defensor -, a diferencia del agresor que lo estaría negando¹⁷.

Son así numerosos los autores y, en general, la doctrina mayoritaria, quienes defienden la tesis del doble fundamento por ser la que explica de modo más convincente la estructura, contenido y límites de la eximente de la legítima defensa, pues sólo mediante la fusión o integración de ambos se permite dar respuesta a aquellos aspectos de la estructura de la legítima defensa que por sí solos no pueden alcanzar.

De acuerdo con el doble fundamento defendido por la doctrina mayoritaria, se viene entendiendo que la naturaleza jurídica de esta eximente es la de una causa de justificación y, como tal, el marco jurídico en que se desarrolla es el de la antijuridicidad.¹⁸

A diferencia de lo que ocurre en las causas de exclusión de la culpabilidad¹⁹, la conducta justificada, como ya hemos mencionado, encierra una motivación en la norma, es decir, el comportamiento realizado en legítima defensa, pese a ser con carácter general un comportamiento típico, es permitido por el ordenamiento jurídico, dejando de ser así

¹⁷ Siguiendo a LUZÓN PEÑA, D. M. (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B. de F., 2002, pp. 47 y 70.), “a través de la defensa del bien individual se afirma el orden jurídico”. El defensor realiza así, por medio de su conducta, las dos funciones de defensa: por un lado, del bien jurídico y, por otro, del Derecho frente a la agresión antijurídica cumpliendo con el doble fundamento de la legítima defensa, motivo por el cual el Derecho valora dicha conducta positivamente, resultándole incluso imprescindible y, por ello, aprobándola y apoyándola incondicionalmente. También así MIR PUIG, S. (*Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Repertor, 2010, p. 434) afirma que mientras el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma motivo por el cual el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho.

¹⁸ Pese a haber sido objeto de tradicional debate la discusión acerca de su naturaleza como causa de justificación o como causa de excusación ha sido gracias al papel fundamental desempeñado por la doctrina y jurisprudencia, por ejemplo, en STS 1021/2021 de 9 de marzo de 2021, FJ2, ECLI:ES:TS:2021:1021 que dice “la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuridicidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante” lo que han permitido la concreción de dicha naturaleza ante la falta de determinación por parte del ordenamiento jurídico penal español. Véanse también, en este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 210; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, p. 211 y LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 403., quien sostiene que, la admisión sin restricciones en el art. 20.4^a de la defensa de terceros y la no exigencia de responsabilidad civil en el art. 118.1 CP, a diferencia de lo que en el mismo ocurre con las causas de inculpabilidad, confirman sin duda alguna su naturaleza de causa de justificación.

¹⁹ Las causas de exclusión de la culpabilidad son circunstancias que excluyen o anulan la reprochabilidad de la conducta de su autor, pero no la antijuridicidad de la acción de forma que la actuación exculpada al no encerrar una motivación en la norma seguirá siendo contraria a Derecho.

una conducta contraria a Derecho. En palabras de GENTZ “justificación significa que un hecho que prima facie se presenta como antijurídico deje de serlo después de un ulterior análisis. Por el contrario, la exculpación presupone la comprobación de la previa contrariedad del hecho a Derecho así como la ausencia de justificación y tiene lugar cuando se disculpa al autor a pesar de no estar permitido o autorizado el hecho disculpado”²⁰. Por todo ello, y pese a ser ambas causas eximentes de responsabilidad penal, sus efectos restantes resultan muy diversos de forma que, a diferencia de lo que sucede en las causas de justificación²¹, la apreciación de una causa de exclusión de culpabilidad no impediría la aplicación de medidas de seguridad (sujeto criminalmente peligroso), ni tampoco la posibilidad de exigir responsabilidad civil por ilícito, así como otras responsabilidades jurídicas extrapenales²².

Valorado el aspecto relativo a su naturaleza, es preciso atender al concepto de antijuridicidad. Por antijuridicidad se entiende la contrariedad de una acción a normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no toda conducta típica, esto es, comprendida en un tipo de lo injusto es considerada penalmente antijurídica. La realización de un hecho típico a través de la vulneración de una norma penal con la consiguiente lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, a pesar de que la conducta típica sea ya un injusto penal por estar prohibida u ordenada por el Código Penal²³. Para que ese injusto penal sea constitutivo de delito es necesario, además, que esa acción u omisión típica sea antijurídica con carácter general, es decir, contraria a todo el ordenamiento jurídico y no sólo al Derecho Penal de forma que el ordenamiento jurídico no habilite para la situación

²⁰ HKRUSCHKA, J. (2004). *Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant*. Dialnet. Recuperado 12 de diciembre de 2021, de <https://Dialnet-CausasDeJustificaciónYCausasDeExculpación-1997444.pdf>.

²¹ Véase Epígrafe II “*La legítima defensa*”, p. 9.

²² Véase Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Madrid: Santillana, 2017 donde se destacan también como efectos de las causas de exclusión de la culpabilidad: la irrelevancia del error sobre los presupuestos de una de estas causas, la no exclusión de la responsabilidad penal de los partícipes ante la exclusión de culpabilidad del autor y la posibilidad de alegar legítima defensa contra la conducta eximida por seguir siendo una agresión ilegítima.

²³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 199.

concreta la realización de dicha conducta típica, en cuyo caso dejaría de ser un hecho antijurídico, ilícito, pese a ser típico.²⁴

En el ámbito de la antijuridicidad la doctrina ha diferenciado entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material²⁵, entendiendo ambas figuras no como dos tipos diferentes de antijuridicidad independientes la una de la otra, sino comprendidas ambas en un único concepto de antijuridicidad y complementarias entre sí²⁶

Por antijuridicidad formal debe entenderse la contradicción objetiva del injusto penal con el Derecho en su conjunto²⁷, esto es, la contradicción de un hecho típico respecto a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en su totalidad sin estar dotado de habilitación para su realización. Se trata de un juicio de carácter general y objetivo, de valoración negativa de reprobación de la conducta que lleva a cabo el ordenamiento jurídico frente a todos y con independencia de la capacidad y condiciones personales del sujeto.

Por su parte, un hecho será materialmente antijurídico cuando se oponga a los intereses sociales; es decir, cuando la realización de acciones u omisiones dolosas o imprudentes transgredan una norma jurídica positiva, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos que el ordenamiento desea proteger.

Así, integrando en el concepto de antijuridicidad ambas figuras podría decirse que un hecho será antijurídico cuando el mismo sea contrario a los intereses sociales tutelados por la norma infringida por tal hecho y siempre y cuando no concurra una norma permisiva que habilite para la realización del mismo.

²⁴ En ese sentido se pronuncia el tribunal en *SAP M 18922/2011, de 16 de diciembre*, ECLI:ES:APM:2011:18922, concretamente en su FJ1, en el que el tribunal, para apreciar la existencia de una conducta delictiva establece que, conforme a la teoría del delito, “deberá analizarse, en primer lugar, la tipicidad [...] y, en segundo lugar, llevar a cabo un análisis de la antijuridicidad, en relación a la concurrencia de posibles causas de justificación [...].”

²⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación» en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 199 y 200.

²⁶ Iberley. El valor de la confianza (2020, 9 marzo). *Distinción entre antijuridicidad formal y material de los delitos*. Iberley, Información legal. Recuperado 12 de diciembre de 2021, de <https://www.iberley.es/temas/distincion-entre-antijuridicidad-formal-material-delitos-48541>.

²⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 199.

Es precisamente de esas normas permisivas establecidas por el ordenamiento para determinadas conductas típicas en determinadas situaciones de donde se deducen las denominadas causas de justificación²⁸, que recogen supuestos en los que excepcionalmente el ordenamiento permite la realización de una acción u omisión prohibida u ordenada y, por tanto, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal²⁹, dando lugar a la transformación de esa acción u omisión típica, que en principio sería antijurídica, en una acción u omisión lícita, es decir, conforme a Derecho, sin perjuicio de que el hecho siga siendo típico, esto es, contrario en general a la norma penal.

El fundamento o razón material de esta autorización debe encontrarse, en opinión de la doctrina mayoritaria, en la protección de bienes jurídicos de mayor rango e importancia que los bienes jurídicos-penales lesionados. Es precisamente la aplicación del principio del interés preponderante lo que permite, mediante una ponderación entre los bienes o intereses en conflicto, el sacrificio del de menor valor para preservar el de mayor valor³⁰. En este sentido, la teoría del interés preponderante, teoría más consolidada tanto doctrinal como jurisprudencialmente³¹, trata de encontrar el factor común a todas las causas de justificación en el hecho de que se permite la lesión de un bien jurídico siempre que este entre en conflicto con otros intereses o bienes superiores. Sin embargo, y como ha ocurrido con el resto de teorías que han tratado de buscar ese factor común³², no ha conseguido explicarlo de forma adecuada dado que no todas las causas de justificación parten de los mismos principios o fundamentos ni responden a los mismo presupuestos³³ por lo que “lo más adecuado termina siendo el entrar a analizar los rasgos y principios de cada causa en particular”³⁴.

²⁸Ibidem. p. 76.

²⁹ Ibidem. p. 200.

³⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La antijuridicidad», en *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, 5.^a ed., Tirant Lo Blanch, 2021, p. 154. <https://biblioteca-tirant-com.cuarzo.unizar.es:9443/cloudLibrary/ebook/show/9788413783956>.

³¹ Véase *STS 1021/2021 de 9 de marzo de 2021*, ECLI:ES:TS:2021:1021. El tribunal, en su FJ 2, establece: “la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuridicidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante”

³² Destaca, a su vez, la teoría del fin según la cual lo que justifica en todas las causas de justificación es la adecuación y necesidad del medio para la obtención de un fin justo.

³³ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, pp. 195 y 196. Frente a las teorías generalizadoras que tratan de hallar un fundamento general válido para todas las causas de justificación, también LUZÓN PEÑA, D. M. (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B. de F., 2002, pp. 74 y 75.) se pronuncia en contra alegando que

Por otra parte, cabe tener en cuenta también la exclusión que supone la legítima defensa del desvalor del resultado. En todo hecho delictivo se han de analizar los elementos del tipo para determinar la gravedad del hecho mediante la suma y/o intensidad de los que concurren, es decir, se ha de realizar una graduación de lo injusto. Para ello se deben distinguir dos elementos configuradores de lo injusto³⁵: el desvalor de la acción, que se deduce de la acción típica y supone la desaprobación de dicha acción por el ordenamiento jurídico total y el desvalor de resultado³⁶ deducido de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.³⁷ Atendiendo a esta distinción, resulta preciso puntualizar que la aplicación de la eximente de legítima defensa supone la exclusión de ese desvalor del resultado³⁸ al ser valorados positivamente tanto la conducta del defensor como el resultado de defensa del bien jurídico y del Derecho que se produce y ello pese a tener como resultado la lesión de un bien jurídico del agresor. Es precisamente la doble necesidad de defensa sobre la que tratábamos anteriormente y que sirve de fundamento a la legítima defensa la que justifica la “desprotección” que tiene lugar en lo necesario de los bienes jurídicos del agresor y que explica esa valoración positiva del resultado de defensa y, por tanto, la exclusión del desvalor del resultado.

De todas las consideraciones antedichas acerca de la naturaleza jurídica de la legítima defensa como causa de justificación, cabe destacar tres consecuencias principales. En primer lugar, por su exclusión de la antijuridicidad impedirá la imposición

estas fórmulas suponen intentos de generalización excesiva; lo cual, aplicado a nuestro tema, supondría desconocer que respecto de la legítima defensa han de valer consideraciones totalmente especiales, que no se pueden abarcar conjuntamente de un modo tan general.

³⁴ Iberley. El valor de la confianza (2020, marzo 9). *Causas de justificación de los delitos*. Iberley, Información legal. Recuperado 15 de diciembre de 2021, de <https://www.iberley.es/temas/causas-justificacion-delitos-48131>.

³⁵ En determinados delitos lo injusto no está constituido por ambos tipos de desvalor. Así puede ocurrir en los delitos de acción imprudentes de mera actividad que son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, conducta consistente en una acción contraria al deber de cuidado, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. El injusto en este tipo de delitos puede estar constituido únicamente por el desvalor de la acción precisamente por no tratarse de un delito de resultado. En ese sentido se pronuncia VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «El tipo del delito de acción imprudente», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 137.

³⁶ Ejemplo de desvalor del resultado de un delito sería: la conducta de tentativa de homicidio contra un sujeto lesionando así su derecho a la integridad física. Sería su integridad física el interés protegido por el art. 138 CP y es en ello donde reside el desvalor de resultado de ese delito.

³⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «El tipo del delito de acción doloso», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p.121.

³⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 403.

tanto de penas como de medidas de seguridad y cualquier responsabilidad civil³⁹. En segundo lugar, en caso de concurrir la figura del partícipe (individuo que ayuda al sujeto que trata de defenderse frente a la agresión ilegítima), éste quedará amparado también por la legítima defensa. Ello tiene su fundamento en el criterio de la accesoriedad de la participación⁴⁰, como criterio que rige la responsabilidad en materia de participación en el delito⁴¹. En ese sentido, se viene entendiendo que si el hecho principal, esto es, la defensa llevada a cabo por el sujeto a quien el partícipe ayuda, es lícito, conforme a Derecho, también lo será la participación accesoria a su ejecución llevada a cabo por el partícipe. Por último, como tercera consecuencia se encuentra la imposibilidad de alegar legítima defensa frente a quien actúa en legítima defensa, es decir, no cabrá apreciar la legítima defensa alegada en respuesta de la primera ya que no concurrirá el requisito esencial de existencia de una agresión antijurídica al haber excluido la primera esa nota de antijuridicidad de la conducta típica.⁴²

Junto a la legítima defensa, el ordenamiento jurídico contempla otras causas de justificación, algunas de ellas recogidas en el Código Penal y otras establecidas en leyes extrapenales⁴³. Dentro de las causas tipificadas en el art. 20 CP encontramos también el estado de necesidad (art. 20.5º CP) y el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º CP)⁴⁴, contando cada una de ellas con un ámbito de actuación adecuadamente delimitado⁴⁵, sin perjuicio de las

³⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., B de F., 2002, p. 103

⁴⁰ Véanse artículo 29 del Código Penal, que establece el carácter accesorio de la participación y CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.ª ed., Tecnos, 2005, p.191.

⁴¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La autoría y la participación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 162 y 163.

⁴² LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed., B de F., 2002, p. 101.

⁴³ Así, la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo regula un sistema de plazos e indicaciones para la despenalización del aborto, cuya naturaleza es también la de causa de justificación.

⁴⁴ Siguiendo a VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 201 y 227.), a diferencia de lo que sucede con las causas de justificación de legítima defensa y estado de necesidad, ambas basadas en una colisión entre deberes jurídico-penales y derechos o facultades, en el caso concreto de obrar en cumplimiento de un deber, cargo u oficio la colisión se produce entre deberes jurídicos, uno de ellos penal y el otro procedente de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Es por ello por lo que el art. 20.7 CP establece una remisión a normas de otros sectores del ordenamiento jurídico por ser las que imponen deberes y otorgan derechos cuyo cumplimiento o ejercicio en determinadas circunstancias implican la causación de lesiones a los bienes jurídicos penalmente protegidos, no suponiendo pese a ello la comisión de ilícitos penales al ser precisamente lo que dicha causa de justificación viene a neutralizar, plasmándose así la unidad del ordenamiento jurídico.

⁴⁵ Ibídem., p.201.

discusiones doctrinales que pudieran existir acerca de su fundamento, naturaleza y alcance.

Precisamente por ser la eximente de estado de necesidad la que con mayor frecuencia plantea dudas acerca de su distinción de la legítima defensa conviene ahora centrar nuestra atención en ella.

Como sucedía en la legítima defensa, el fundamento de esta causa de justificación radica en el principio del interés preponderante. Dicha causa exime de responsabilidad criminal a quien, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.⁴⁶ En este caso, se da también una situación de peligro para un bien jurídico, sin embargo, dicho peligro no procede exclusivamente de una agresión ilegítima (como sí sucedía en la legítima defensa) sino que la situación de peligro puede proceder de diversas causas, por ejemplo, un fenómeno natural, el ataque de un animal, actos llevados a cabo por un sonámbulo, movimientos reflejos, etc. y, además, no ha de tratarse exclusivamente de un bien jurídico personal, sino que el estado de necesidad tutela también bienes jurídicos supraindividuales. Al no darse en el estado de necesidad, como requisito esencial del mismo, la agresión ilegítima, es decir, no hay un sujeto agresor o injusto agresor que vaya contra el ordenamiento jurídico por medio de esta agresión ni un defensor que trate de restaurar el orden jurídico⁴⁷ que justifique la posición del Derecho a favor de este último; en el estado de necesidad la posición de los sujetos cuyos intereses entran en conflicto frente al Derecho será la misma y es por ello precisamente por lo que el Derecho dota de mayor protección a quien actúa en legítima defensa frente a quien actúa en estado de necesidad y con ello que, a diferencia de lo que sucedía en la legítima defensa donde al defensor no se le exigía proporcionalidad entre el mal que trataba de evitar con la reacción defensiva y el mal causado por él mismo para repeler la agresión ilegítima, en la causa de justificación del estado de necesidad rija el

⁴⁶ Véase art. 20.5 CP

⁴⁷ Esto es el fundamento supraindividual de la legítima defensa.

principio de proporcionalidad de los intereses en conflicto no pudiendo ser el mal causado mayor que el que se trata de evitar.⁴⁸

En lo que respecta a la posibilidad de apreciar causas de justificación por analogía, hay un sector doctrinal que considera que estas causas son conforme a Derecho⁴⁹ al tratarse de una analogía *in bonam partem*, no ser contraria al principio de legalidad que proclama el art. 25.1 CE y no estar prohibida por el CP, pero también hay quienes, pese a no ser contrarias al principio de legalidad, las consideran prohibidas por los artículos 4.1 y 4.3 CP⁵⁰.

Desde mi punto de vista, pese a que del ordenamiento jurídico no se pueda extraer una prohibición clara de las causas de justificación por analogía, considero que las causas de justificación han sido pensadas por el legislador para situaciones muy excepcionales, para bienes jurídicos específicos y en relación a determinados delitos otorgando así a los sujetos amparados por las mismas un privilegio extraordinario. Este privilegio que el ordenamiento concede conlleva una minuciosa ponderación en cada caso concreto entre el interés protegido y la necesidad de un castigo justo y adecuado dentro de los límites establecidos por el propio sistema jurídico, impidiendo así que un sujeto que ha cometido un delito pueda quedar impune salvo por concurrir circunstancias extraordinarias que lo justifiquen. De esta forma, si se permitiese la apreciación de causas de justificación por analogía se perdería esa nota característica de excepcionalidad con que el legislador ha diseñado las diferentes causas de justificación, ampliándose así el abanico de posibilidades por las que un sujeto podría llegar a quedar impune tras cometer una acción u omisión delictiva, lo que podría generar graves repercusiones en el propio núcleo de la sociedad.

⁴⁸ A ese respecto se pronuncian LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 58 y 59; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, 2010, p. 452.

⁴⁹ En ese sentido se pronuncia LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 439.), al sostener que la figura del estado de necesidad defensivo es posible admitirla como causa de justificación supralegal por analogía con la legítima defensa por una parte y con el estado de necesidad por otra, puesto que se asemeja o coincide parcialmente con uno y otra.

⁵⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, p.191.

Pese a la existencia de diferentes causas de justificación, es sostenido por la doctrina mayoritaria la existencia de una estructura común a todas ellas formada por elementos objetivos y elementos subjetivos.⁵¹

En ese sentido, CEREZO MIR⁵² atendiendo a la concepción de lo injusto que distingue entre un desvalor de la acción y un desvalor del resultado sostiene que el valor de la acción de lo injusto se correspondería con los elementos subjetivos de los que se componen las causas de justificación y el valor del resultado se correspondería con sus elementos objetivos. Por elementos objetivos entendemos aquellos elementos que se ocupan de describir el supuesto de hecho y las condiciones en las que el sujeto podría actuar amparado por la causa de justificación debiendo su concurrencia ser apreciada objetivamente en el caso concreto, sin perjuicio de que la presencia de alguno de ellos deba comprobarse mediante un juicio objetivo *ex ante*, atendiendo a la situación concreta y conocimientos del sujeto que actúa amparado por una causa de justificación⁵³. En lo que respecta a los elementos subjetivos, su concurrencia es exigida por la doctrina científica y jurisprudencial que identifican los mismos con la necesidad de que el sujeto actúe con el conocimiento y voluntad de la presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación y con el ánimo o voluntad específico de cada una de ellas, siendo este último el ánimo de evitar un mal propio o ajeno en el caso del estado de necesidad o el ánimo o voluntad de defensa en el caso de la legítima defensa.⁵⁴

⁵¹ En ese sentido se pronuncia la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo en *STS 332/2000, de 24 de febrero*, FJ 5, ECLI:ES:TS:2000:1439. En ella manifiesta: “ la jurisprudencia de la Sala, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación [...], sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un *animus defendendi*. Es precisamente ese *animus defendendi* el que constituye el elemento subjetivo de la legítima defensa, pudiendo apreciar así la distinción sostenida por la doctrina entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos que componen las diversas causas de justificación.”

⁵² CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, p. 201.

⁵³ Véase *STS 300/2021, de 8 de abril*, FJ4, ECLI:ES:TS:2021:1374 en el que la Sala de lo Penal establece que para determinar si la respuesta defensiva del acusado fue necesaria y proporcionada o no será necesario valor en dicha situación no solo la naturaleza del medio, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho, tratándose así de un juicio derivado de una perspectiva “*ex ante*”. De la misma manera en *STS 1023/2010, de 23 de noviembre*, FJ 2, ECLI:ES:TS:2010:6555.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 413 y 414) distingue al respecto entre ánimo o fin defensivo y voluntad de defensa sosteniendo que la expresión legal de “obrar en defensa” puede significar “en situación de defensa y defendiendo el bien jurídico y el Derecho frente a la agresión” y no equivaler inequívocamente, por ello, a “para defender(se)”. Lo mismo sucedería en las expresiones de “obrar en cumplimiento del deber” o “en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo”, que pueden entenderse como obrar cumpliendo un deber o ejerciendo un derecho, oficio o cargo. Por ello, sostiene que es equivocada la exigencia del ánimo, móvil o fin defensivo específico

En función de la concurrencia de todos o solo alguno de los elementos mencionados que sirven de base a las causas de justificación podremos distinguir entre las causas de justificación completas y las causas de justificación incompletas, siendo en estas últimas en las que el supuesto de hecho no cuenta con todos los elementos objetivos y subjetivos que integran la causa de justificación, pero sí con todos los elementos esenciales⁵⁵ pues de lo contrario imposibilitaría poder apreciar cualquier tipo de causa de justificación incompleta y, desde luego, cualquier causa de justificación completa. Es justamente por faltar alguno de sus elementos secundarios por lo que las causas de justificación incompletas (art. 21.1 CP)⁵⁶, a diferencia de lo que sucede en las completas, no excluyen la antijuridicidad de la conducta típica, que continuará siendo una acción u omisión ilícita, pero sí cumplen la función de atenuantes de la responsabilidad penal al suponer una disminución considerable de lo injusto de la conducta típica y antijurídica. Conllevan así una disminución del desvalor de lo injusto, pero no lo excluyen completamente.⁵⁷

En definitiva, será necesaria la concurrencia real y no imaginaria de dichos elementos para poder apreciar la existencia de alguna causa de justificación en su vertiente completa o incompleta, pues de lo contrario estaríamos ante una causa de justificación putativa en la que el sujeto actúa en la creencia errónea de estar amparado por una causa de justificación⁵⁸ lo cual supondría la no exclusión de la antijuridicidad de

de cada una de las causas de justificación como elemento subjetivo si la ley no lo exige inequívocamente, bastando con que el sujeto conozca la situación objetiva de defensa, esto es, la concurrencia de los elementos objetivos propios de cada una de ellas para poder apreciar su concurrencia.

⁵⁵ Es opinión dominante la apreciación en toda causa de justificación de elementos “esenciales” y elementos “no esenciales o secundarios”, constituyendo solo los primeros requisito imprescindible para la consideración de cualquier causa de justificación, tanto completa como incompleta. En ese sentido, la STS 1172/2006 (Sala de lo Penal), de 28 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:7611 o la STS 231/04 (Sala de lo Penal), de 26 de febrero, ECLI:ES:TS:2004:1280, entre otras, establecen como elemento esencial de la legítima defensa la agresión ilegítima, sin la cual no se podrá aplicar ni tan siquiera dicha causa de justificación como eximente incompleta.

⁵⁶ Véase artículo 21.1 CP. De acuerdo con el primer apartado de dicho precepto, cuando las eximentes del artículo 20 no cuenten con todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal, esto es, no constituyan causas de justificación completas, actuarán como circunstancias atenuantes, siendo las consecuencias jurídicas de ello las reguladas en el artículo 68 CP, que legitima a los tribunales para imponer la pena inferior en uno o dos grados.

⁵⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 205 y 206.

⁵⁸ El Tribunal Supremo viene distinguiendo entre “defensa putativa” y “exceso putativo en la legítima defensa”. La primera supondría suposición errónea de todos los requisitos de la eximente, mientras que el segundo concurriría cuando la errónea creencia recayese sólo sobre la necesidad de la defensa. Sin embargo, MIR PUIG, S. (2010). *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, 2010, p. 446) considera que hablar de exceso putativo en estos casos resulta incorrecto porque en ellos el exceso es real, no putativo.

la acción u omisión típica llevada a cabo por el mismo y su resolución en el ámbito de la culpabilidad, como un error de prohibición⁵⁹

Sería el caso, por ejemplo, de quien actúa lesionando a otro por creer que se está defendiendo de una agresión ilegítima, que sin embargo no existe porque ese otro sujeto no tenía intenciones de agredirle, sino que simplemente se acercaba para presentarse. Falta así el requisito esencial de la existencia de una agresión ilegítima.

2. REQUISITOS OBJETIVOS

Como ya se ha mencionado, la legítima defensa se compone de una serie de elementos objetivos y elementos subjetivos. Dichos elementos se pueden extraer del propio precepto penal en que se recoge dicha causa de justificación, el artículo 20.4 CP.

2.1. La agresión ilegítima

Por agresión en sentido jurídico-penal puede entenderse aquel comportamiento humano penalmente relevante por ser la acción u omisión típica de la que deriva dicha agresión las dos manifestaciones del comportamiento humano que constituyen el primer elemento del concepto de delito y sirven como elemento básico y unitario del sistema de la teoría jurídica del delito⁶⁰. En palabras de LUZÓN PEÑA⁶¹, la agresión, como presupuesto necesario y precedente a la defensa, es aquella acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, englobando en esa “acción de puesta en peligro” aquellos comportamientos que supongan un peligro para el bien jurídico y, por tanto, incluyendo la posibilidad de llevar a cabo una agresión omisiva, es decir, una agresión por medio de una omisión, siempre y cuando dicha omisión ponga en peligro un bien jurídico

⁵⁹ Véanse también, en este sentido, art. 14.3 CP y CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, pp. 204 y 205.

El tratamiento del error de prohibición en el Código Penal español es doble. Sólo en caso de que el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal fuese invencible se permitirá la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto, a diferencia de lo que ocurrirá si el error fuera vencible en cuyo caso será castigada la infracción como imprudente aplicándose la pena inferior en uno o dos grados. Véase asimismo al respecto STS 608/2019 (*Sala de lo Penal*), de 11 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:3910, en cuyo FJ4 la Sala de lo Penal diferencia, a su vez, el error directo del error indirecto, así como el error vencible del error invencible.

⁶⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante» y «La acción y la omisión», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 211 y 83.

⁶¹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, p. 123

particular⁶². Dicha inclusión de las omisiones en el concepto de agresión constituye la opinión doctrinal actualmente dominante, pese a existir otro sector cualificado de nuestra doctrina que niega esa posibilidad.⁶³

Junto a la anterior, otra de las cuestiones vivamente debatidas por la doctrina es la relativa a la posibilidad de incluir en el concepto de agresión los comportamientos imprudentes⁶⁴. Así, frente al sector minoritario, es opinión dominante la negativa a admitir que pueda darse una agresión ilegítima por imprudencia⁶⁵ considerando que el concepto de agresión requiere una conducta tendente a lesionar bienes jurídicos ajenos en la que exista conciencia del peligro y voluntad de lesión, es decir, en la que exista dolo⁶⁶.

Analizado el concepto de agresión, conviene hacer hincapié en el carácter ilegítimo que le caracteriza pues no todo tipo de agresión tiene encaje en la presente causa de justificación. La agresión ha de ser ilegítima, esto es, ilícita, antijurídica,⁶⁷ dirigida contra bienes jurídicos personales protegidos por el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que no quedará limitada únicamente a aquella agresión ilegítima constitutiva de una infracción penal como defiende un sector doctrinal.⁶⁸

⁶² A este respecto sostiene también LUZÓN PEÑA, D. M. (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B. de F., 2002, pp. 142) que “no se considerará así agresión la omisión que ponga en peligro bienes supraindividuales, quedando por ello excluida la omisión propia del concepto de agresión al no poner en peligro ningún bien jurídico individual, sino a lo sumo un bien jurídico supraindividual (por ejemplo, la solidaridad humana en la omisión de socorro)”.

⁶³ Así, CEREZO MIR, J., (*Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, p. 212 y 213) afirma que la simple omisión, es decir, la no realización de una acción que el sujeto podría y quizás debía realizar no constituye una agresión por faltar en ella la causalidad y la voluntad de realización (finalidad) y, por ello, no podrá quedar amparada por la legítima defensa, pero sí por la eximente de estado de necesidad. Véase también, en ese sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 136-143.

⁶⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, pp. 211 y 212.

⁶⁵ Sí que cabrá, sin embargo, alegar estado de necesidad justificante frente a aquellas conductas imprudentes que supongan la puesta en peligro de bienes jurídicos personales protegidos por el ordenamiento jurídico y siempre dentro de los límites establecidos para dicha causa de justificación, art. 20.5 CP.

⁶⁶ Véase al respecto LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 155-161.

⁶⁷ De ello se deriva la imposibilidad de alegar legítima defensa frente al sujeto que actúa amparado por una causa de justificación, legítima defensa u otra distinta, por excluirse con ellas la antijuridicidad de la defensa.

⁶⁸ Destaca, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p.408. argumentando que sólo así tiene explicación que, de entre las agresiones típicas, la ley restrinja la agresión a bienes patrimoniales a delitos, pero con ciertos requisitos, y en la agresión a la morada descarte incluso el delito de allanamiento pasivo, pues de lo contrario, “sería absurdo considerar agresiones más graves que esas excluidas a ataques que ni siquiera son ilícitos penales”. Sostiene así que frente a este tipo de agresiones a bienes no penalmente protegidos cabrá estado de necesidad defensivo.

Conviene puntualizar que si se limitara la ilicitud de la agresión al ámbito jurídico penal, considerando únicamente como agresiones ilegítimas aquellas constitutivas de infracción penal, no tendría cabida el doble fundamento propio de la legítima defensa.

El presupuesto de culpabilidad, por su parte, no será necesario para poder apreciar legítima defensa siendo posible, por consiguiente, alegar dicha eximente frente a la agresión ilegítima de un inimputable (enajenado, ebrio) o de una persona que actúa bajo una causa de inculpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable).⁶⁹

Por lo demás, cabe destacar la configuración del elemento objetivo de la agresión ilegítima como requisito esencial de la misma, cuya ausencia impediría apreciar dicha causa de justificación en cualquiera de sus dos modalidades, completa e incompleta.⁷⁰

2.2.La necesidad de defensa

El segundo elemento objetivo que configura la eximente de legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, así y como se deriva del art. 20.4 párrafo segundo CP. De este precepto se pueden extraer, a su vez, dos requisitos distintos: la necesidad de la defensa y la necesidad racional del medio empleado en la defensa⁷¹. En este primer momento nos centraremos en la necesidad de la defensa, que constituye, junto a la agresión ilegítima, un elemento esencial de la causa de justificación⁷². Su no apreciación excluirá, por tanto, la aplicación de la eximente completa e incompleta de la legítima defensa.

⁶⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 212.

⁷⁰ Véase *STS 1392/2021, de 23 de abril*, FJ2, ECLI:ES:TS:2021:1392. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dice así: “El elemento esencial que constituye el alma de la legítima es la existencia de una agresión ilegítima que desencadena y justifica la “necessitas defensionis” [...]. De modo que para la apreciación de la legítima defensa, tanto para su consideración de eximente como de eximente incompleta, ha de partirse del elemento básico de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas”. También en *STS 74/2001, de 22 de enero*, ECLI:ES:TS:2001:272.

⁷¹ Véase *STS 1270/2009, de 16 de diciembre*, ECLI:ES:TS:2009:8088. En ella la Sala Segunda de lo Penal establece en su FJ 3: “puede entenderse la necessitas defensionis en un doble sentido; como necesidad de una reacción defensiva y como necesidad de los medios empleados para su efectivización, aptitud y proporcionalidad de los mismos”.

⁷² Véase *STS 205/2017, de 28 de marzo*, ECLI:ES:TS:2017:1201.

A grandes rasgos, puede decirse que la necesidad de defensa determina si la defensa llevada a cabo resulta necesaria o no, sin entrar en el cómo de aquélla. Para afirmar esa necesidad la agresión ilegítima debe cumplir tres cualidades principales: la actualidad o inminencia, la peligrosidad de la misma y su inevitabilidad si no se lleva a cabo la reacción defensiva.⁷³

En primer lugar, la agresión ilegítima ha de ser una agresión inminente o actual, es decir, que vaya a producirse inmediatamente o que ya se esté produciendo. Se trata así de determinar el momento a partir del cual la acción defensiva llevada a cabo por el sujeto agredido podrá ampararse por dicha causa de justificación. De esta forma, para la calificación de una agresión como inminente, al no haberse producido todavía la agresión efectiva, se tendrán en cuenta los actos preparatorios inmediatamente anteriores a la fase de tentativa de la acción u omisión típica constitutiva de la defensa⁷⁴ que supongan una gravedad y peligrosidad objetiva para el bien jurídico amenazado, de forma que quede justificada la reacción defensiva llevada a cabo para evitar que se logre la agresión inminente que amenaza con producirse, pues de lo contrario el bien jurídico amenazado sería efectivamente lesionado⁷⁵.

Ejemplo de ello sería el caso en que un individuo dirige con rapidez su mano al bolsillo con la intención de sacar una pistola con la que disparar a una persona, situación ante la cual esa persona le golpea con una silla en la cabeza anticipándose así a la agresión ilegítima que iba a producirse inmediatamente contra su integridad física y, por ello, evitándola.

Se distingue, por tanto, entre aquellos actos preparatorios inmediatamente anteriores a la fase de tentativa y aquellos todavía lejanos a la misma frente a los cuales no cabrá alegar

⁷³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 214.

⁷⁴ Se distingue así entre actos preparatorios y tentativa radicando la diferencia en que sólo en esta última se ha iniciado la fase de ejecución del delito. Los actos preparatorios se presentarán por ello con anterioridad a la ejecución del delito y se dirigirán a facilitar su comisión.

⁷⁵ Véase STS 900/2004 (*Sala Segunda de lo Penal*), de 12 de julio, ECLI:ES:TS:2004:5049. La doctrina de esta Sala, plasmada en el FJ2, también asocia creación de riesgo inminente para bienes jurídicos defendibles a «cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato», como podrían ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento».

legítima defensa⁷⁶. Este tipo de supuestos es lo que se conoce como exceso extensivo anterior de la legítima defensa⁷⁷.

La agresión actual, por su parte, es aquella que está sucediendo efectivamente y da lugar, por ello, a la necesidad de defensa por parte del sujeto que la sufre con el fin de salvaguardar el bien jurídico lesionado. La actualidad de la agresión se dará en tanto la agresión al bien jurídico no haya concluido, momento a partir del cual dejará de tener cabida en esta causa de justificación al haber cesado ya esa necesidad de defensa. Estaremos, por tanto, ante un exceso extensivo posterior que impedirá su apreciación.

Un ejemplo de ello sería el sujeto que tras sufrir la agresión ilegítima corre detrás del agresor que se encuentra ya montado en su coche con el fin de golpearle con el bate de béisbol que tenía en casa. Si el sujeto, por el contrario, decidiese golpear con dicho bate al futuro agresor, por ejemplo, en el momento en que se encuentra bajando de su coche con el fin de anticiparse y evitar la agresión ilegítima estaríamos ante un exceso extensivo anterior.

No obstante, conviene tener en cuenta, así y como indica VIZUETA FERNÁNDEZ⁷⁸ que, en algunos delitos, el momento de consumación del delito y el momento en que concluye la agresión al bien jurídico no siempre coinciden. Este sería el caso de los delitos permanentes, encontrando como ejemplo más típico el de la detención ilegal, en los que la consumación del delito tendrá lugar en cuanto se produzca la acción u omisión típica a diferencia de la agresión cuyo carácter actual se mantendrá mientras dure el delito, pudiendo así el sujeto que lleva a cabo la reacción defensiva quedar amparado por la legítima defensa en cualquier momento del mismo en tanto no se ponga fin a dicha agresión.

⁷⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 213. También *STS 1201/2017 (Sala de lo Penal)*, de 28 de marzo, FJ 4: “no existirá, pues, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima por haber necesidad de defensa cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo”.

⁷⁷ El exceso extensivo tiene lugar cuando la reacción defensiva llevada a cabo frente a la agresión ilegítima se prolonga de forma innecesaria en el tiempo al haber cesado ya la necesidad de defensa por haber concluido la agresión ilegítima. El exceso extensivo anterior se producirá así cuando la reacción defensiva se anticipa indebidamente en el tiempo, habiéndose llevado a cabo antes de que pudiera ser apreciada objetivamente la necesidad de defensa por no haber tenido lugar todavía la inminencia o actualidad de la agresión.

⁷⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 213.

La siguiente cualidad que debe tener la agresión ilegítima es la peligrosidad para el bien jurídico. Para determinar su peligrosidad será necesario llevar a cabo un juicio de previsibilidad objetiva, un juicio *ex ante* que permita afirmar la existencia de cierta probabilidad de que se produzca la lesión del bien jurídico. En ese sentido se pronuncia PUENTE SEGURA, L., magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el voto particular que formula a la STS 284/2021, de 30 de marzo⁷⁹, afirmando que “se deberá valorar la idoneidad o peligrosidad objetiva de la conducta enjuiciada a partir de los elementos concurrentes al tiempo de realizarse aquella (*ex ante*), con independencia de que *ex post* se compruebe que ese peligro estaba en realidad excluido, ya fuera porque los medios empleados se revelen como inadecuados para producirlo, ya porque faltara el objeto material de la acción”.⁸⁰ Por el contrario, los supuestos de tentativa inidónea, en los que ya desde una perspectiva *ex ante* se pone de manifiesto la falta de capacidad objetiva de la conducta protagonizada por el agresor para lesionar el bien jurídico protegido, bien por la inhabilidad de los medios empleados o por la manifiesta ausencia de objeto, impedirán la apreciación de agresión ilegítima alguna por carecer de peligrosidad y, por ello, no haber necesidad de defenderse. En palabras del TS “la tentativa inidónea supone un peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma pena, su grado de peligro para el bien jurídico carece de entidad suficiente”.

Finalmente, la agresión ilegítima debe ser inevitable, esto es, que en caso de no llevarse a cabo la defensa no se podría impedir o repeler esa agresión o riesgo. Es por ello el carácter necesario de la defensa que no queda excluido en caso de que el sujeto, teniendo posibilidad para ello, decida huir en lugar de llevar a cabo una reacción agresiva defensiva, así como tampoco quedará excluido en caso de que pida auxilio a terceras personas, pues en ambos casos el agredido se encuentra en la obligación de llevar a cabo alguna acción para evitar la agresión ilegítima al bien jurídico protegido. A este respecto se pronuncia el TS en su STS 1630/2002, de 2 de octubre⁸¹. En su FJ 4 dice: “la situación de necesidad “necesitas defensionis” no desaparece por el hecho de que el agredido pueda eludir el ataque que sufre mediante la huida, dado que -como señala la STS de 5 de mayo de 1999⁸²- en ese caso toda defensa resultaría innecesaria, y que la fuga solamente es exigible cuando no sea vergonzante, como se declara, entre otras, en STS de 18 de octubre

⁷⁹ Véase STS 1159/2021, de 30 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1159.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Véase STS 1630/2002, de 2 de octubre, FJ4, ECLI:ES:TS:2002:6392.

⁸² Véase STS 670/1999, de 5 de mayo, FJ1, ECLI:ES:TS:1999:3045.

de 1985⁸³ ”. Por tanto, la exigencia de fuga en ciertos supuestos podrá afectar, en todo caso, a la necesidad racional del concreto medio empleado en la defensa para impedir o repeler la agresión.

2.3.La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Junto a la necesidad de defensa habrá que analizar el cómo de aquella, o dicho de otra forma, analizar si el medio utilizado por el defensor era el estrictamente necesario para impedir o repeler la agresión, pues sólo se justifica la defensa cuando existe una adecuación racional entre el acto de agresión y el acto defensivo.

Esa racionalidad de la acción defensiva será determinada de acuerdo al criterio de menor lesividad del agresor, criterio de mayor aceptación actual entre la doctrina. En virtud del mismo, si existiesen varios medios de defensa al alcance del defensor éste deberá utilizar aquel que sea menos lesivo para el agresor, sin perjuicio de que, en caso de no tener éxito con ese medio, pueda utilizar otros medios más gravosos para el agresor pero más seguros para lograr la defensa.⁸⁴

La concurrencia de este requisito deberá ser valorada objetivamente desde una perspectiva *ex ante*, teniendo en cuenta tanto las necesidades y características del medio defensivo empleado como las circunstancias concurrentes en el caso concreto, incluido el estado de ánimo del agredido. Esa valoración permitirá que en aquellos supuestos en los que, del análisis de las circunstancias concurrentes, se derive que una persona madura poniéndose en el lugar del agredido habría actuado de la misma forma, utilizando idéntico medio defensivo y pese a apreciarse a posteriori la existencia de otros de menor lesividad para el agresor, no quede excluido el carácter racional del medio empleado.⁸⁵

⁸³ Véase *STS 1482/1985, de 18 de octubre*, FJ4, ECLI:ES:TS:1985:1332.

⁸⁴ Véanse, entre otras, *STS 1270/2009, de 16 de diciembre*, ECLI:ES:TS:2009:8088; *STS 614/2004, de 12 de mayo*, ECLI:ES:TS:2004:3237. En ellas se evidencia el criterio empleado por el TS en la determinación de la racionalidad del medio empleado en la defensa, afirmando que se deberá tener en cuenta tanto la naturaleza y características del instrumento defensivo utilizado por el defensor como la posibilidad de acudir a otros medios defensivos de menor lesividad para el agredido que permitan evitar la agresión ilegítima. Concretamente en la *STS 8274/2012, de 12 de noviembre*, FJ 2, ECLI:ES:TS:2012:8274, la Sala de lo Penal dice así: “resulta imposible apreciar la existencia de racionalidad del medio empleado para repeler la agresión ante la evidencia de que en el caso concreto existían otras alternativas menos lesivas y de las que cabía pronosticar igual éxito en la defensa”.

⁸⁵ Así lo destacan, entre otros, VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche),

Es precisamente en este punto donde la posibilidad de fuga del sujeto agredido como medio empleado para evitar la agresión podrá tener especial trascendencia. A tal respecto y volviendo a lo antedicho acerca de la utilización de la huida como medio defensivo -siempre que exista posibilidad de huir, claro está-, hay quienes defienden que la misma será exigible por ser el medio de menor lesividad para el agresor, salvo que su utilización implique la asunción de riesgos innecesarios por parte del defensor, como por ejemplo, cuando existan dudas de poder echar mano con posterioridad a un medio más lesivo en caso de que el medio defensivo de menor intensidad (la huida) no resulte exitoso. Por el contrario, otros autores como LUZÓN PEÑA⁸⁶ defienden que la posibilidad de huir del agredido no excluye la racionalidad del medio empleado en la defensa porque su exigencia supondría una lesión tanto de la libertad de movimiento como posiblemente de la dignidad del agredido, que también son bienes defendibles. El Tribunal Supremo, por su parte, sostiene que la huida del agresor como medio para evitar la agresión sí será exigible, pero solo en aquellos casos en que ésta sea posible, no vergonzante y sea seguro que con ella se va a lograr evitar la agresión ilegítima.⁸⁷

Sí resultará exigible la huida, sin embargo, como medio racional de defensa para evitar la agresión ilegítima, por ejemplo, proveniente de un niño. Este fue el caso de Gabriel Cruz, también conocido como “pescaito”, cuya asesina argumentó que el pequeño quiso agredirle con un hacha ante lo cual ella, en un intento de defensa, le golpeó y causó la muerte. El juez estimó que podría haberse defendido con un medio más suave, aunque fuese inseguro por tratarse precisamente de un niño.⁸⁸

Junto a la huida, el uso de armas de fuego como otro de los posibles medios defensivos para repeler la agresión ilegítima ha sido una cuestión debatida por doctrina y jurisprudencia. Hoy día, el debate ha sido superado adoptando una posición unánime al respecto que defiende la posibilidad de utilizar este medio siempre que responda al principio de menor lesividad⁸⁹. En caso de que el uso de armas de fuego sea el único medio disponible *ex ante* para repeler la agresión al bien jurídico protegido, se exigirá un uso gradual del mismo de forma que el defensor deberá comenzar utilizando el arma de fuego de tal forma que la lesión que pudiera causar fuese la de menor intensidad (disparo de advertencia), sin perjuicio de que con posterioridad, ante la falta de éxito de ese medio,

Comares, 2013, p. 215; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 558 y 559.

⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p.416.

⁸⁷ Véase STS 1630/2002, de 2 de octubre, FJ 4, ECLI:ES:TS:2002:6392.

⁸⁸ Mouriz, A. V. (2018, 14 de marzo). ¿Cuándo puede un juez considerar que alguien ha actuado en legítima defensa? *El País*. https://elpais.com/economia/2018/03/14/mis_derechos/1521036497_421699.html

⁸⁹ Véase STS 1035/2002 (Sala de lo Penal), de 5 de junio, FJ1.

esté facultado para utilizarlo de forma más contundente asegurando así la evitación de la agresión, por ejemplo, con un disparo dirigido hacia el cuerpo del agresor. No obstante, de la argumentación jurisprudencial mantenida acerca del empleo de este medio defensivo podemos deducir que sí que podría tener cabida en última instancia el disparo doloso dirigido hacia órganos vitales del cuerpo del agresor como medio racional con el fin de causar su muerte siempre y cuando se erija como necesario para evitar o repeler la agresión.

Otra de las cuestiones que tampoco se encuentra exenta de debate es la relativa a la exigencia de proporcionalidad como requisito para poder apreciar la existencia de la necesidad racional del medio empleado. Así, frente al sector que considera que sí que debe existir proporcionalidad entre los bienes jurídicos implicados en la defensa (el del agredido y el lesionado por la reacción defensiva), entre los medios utilizados por uno y otro y entre los daños causados⁹⁰, existe otro sector doctrinal⁹¹ y jurisprudencial⁹² que defiende la inexistencia de esa exigibilidad de proporcionalidad, siempre y cuando, una vez analizadas todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la defensa llevada a cabo haya sido la estrictamente necesaria para impedir o repeler la agresión y argumentando que la regulación penal de la legítima defensa no establece dicha exigencia en ninguna parte⁹³. En palabras de CEREZO MIR la defensa de esa exigencia de proporcionalidad vendría a contradecir el doble fundamento de la legítima defensa⁹⁴, por ser el fundamento supraindividual el que permite explicar la posibilidad de causar un mal mayor que el que se trataba de evitar con la defensa y la exclusión de los supuestos en los que se produzca una extrema desproporción del ámbito de la legítima defensa. En ese sentido se pronuncia el TS al sostener que, en aquellos casos en que el medio defensivo

⁹⁰ Véase STS 444/2004, de 1 de abril, ECLI:ES:TS:2004:2265, en su FJ2.

⁹¹ Doctrinalmente defendido, entre otros, por VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 215 ; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002, pp. 557 y 558; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2003, pp. 235 y 236.

⁹² Jurisprudencialmente defendido, entre otras, en STS 470/2005, de 14 de abril, FJ 3, ECLI:ES:TS:2005:2270.

⁹³ A diferencia de la regulación penal establecida para el estado de necesidad en la que se exige ese principio de proporcionalidad en su versión más estricta, véase *artículo 20.5 párrafo primero CP*.

⁹⁴ Dicho así por CEREZO MIR, J. (*Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., 2003, pp. 234 y 235): “La necesidad de la defensa no está condicionada por la irreparabilidad del mal [...]. Si se condicionarla la necesidad de la defensa a la irreparabilidad del mal se desconocerá el fundamento individual y supraindividual de esta causa de justificación”.

empleado hubiese sido el uso de armas de fuego, no será necesario la existencia de proporcionalidad entre el medio utilizado para defenderse y el empleado por el agresor – salvo en casos de extrema desproporción manifiesta – siempre que fuese el medio defensivo a disposición del defensor, al tiempo de ser eficaz para repeler o impedir la agresión y ser el de menor lesividad para el agresor, aunque proporcionalmente sea más dañoso que el medio empleado por el agresor⁹⁵. No se le exige al defensor, por tanto, en caso de disponer de varios medios defensivos a su alcance, la utilización del de menor lesividad cuando la utilización de ese medio no se presentase como eficaz. En palabras de VIZUETA FERNÁNDEZ⁹⁶ “la aplicación del principio de menor lesividad no implica la asunción de riesgos innecesarios por parte del defensor”.

Por último, es preciso puntualizar que, a diferencia de los dos anteriores, este requisito es considerado un elemento “no esencial” de la legítima defensa y por ello su ausencia solo impedirá la aplicación de la eximente en su vertiente completa⁹⁷. Lo mismo ocurrirá en caso de darse el denominado exceso intensivo de la legítima defensa.⁹⁸

2.4. La falta de provocación suficiente de la agresión por parte del defensor

Como cuarto y último requisito objetivo se encuentra la falta de provocación suficiente de la agresión por parte del defensor. Se trata, al igual que el anterior, de un requisito “no esencial” o secundario cuya ausencia solo impedirá la apreciación de la eximente completa, pero no de la eximente incompleta. Si, por el contrario, la provocación suficiente procediera no de quien realiza la acción defensiva (defensor) sino del defendido, el defensor podrá seguir quedando amparado por la eximente completa.⁹⁹

⁹⁵ Véase STS 4077/2002, de 5 de junio, FJ1, ECLI:ES:TS:2002:4077.

⁹⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 214.

⁹⁷ Véase STS 646/2007, de 27 de junio, FJ1, ECLI:ES:TS:2007:4848. El carácter “no esencial” que la jurisprudencia del TS otorga a este requisito puede derivarse de numerosas sentencias en las que el tribunal concluye estimando la existencia de legítima defensa, pero en su modalidad incompleta por no darse todos los requisitos de la legítima defensa excepto el de la necesidad racional del medio empleado. Si, por el contrario, considerase este requisito como elemento esencial de la misma, su ausencia bastaría para impedir la apreciación de la legítima defensa, tanto completa como incompleta.

⁹⁸ Ibidem. El exceso intensivo de la legítima defensa tiene lugar, por ejemplo, en caso de haberse utilizado un medio que superase de forma desproporcionada lo racionalmente necesario para evitar la agresión ilegítima y sólo permitiría la apreciación de la legítima defensa en su vertiente incompleta.

⁹⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 217.

Por provocación se entiende aquella conducta en la que el sujeto tiene intención de desencadenar la respuesta agresora, es decir, en aquella en la que existe dolo de provocar (provocación intencional), pero también aquella en la que ni siquiera se ha previsto que pudiera dar lugar a la agresión ilegítima (provocación no intencional), pudiendo ser ambas llevadas a cabo tanto por acción como por omisión. Hay quienes defienden que ambos tipos de provocación, cuando sean suficientes, excluirán únicamente el presente requisito, mientras que para otro sector doctrinal la provocación intencional excluye ya la necesidad de defensa o el ánimo o voluntad de defensa.¹⁰⁰

Aclarado qué se entiende por provocación, procede determinar cuándo la misma podrá caracterizarse como *suficiente*. En ese sentido, autores como CEREZO MIR¹⁰¹ defienden que sólo será suficiente la provocación que consista en una conducta ilícita, contraria a Derecho. Otros autores como VIZUETA FERNÁNDEZ¹⁰² entienden que deberá concurrir, junto al requisito de ilicitud, el requisito de proporcionalidad o equivalencia con la respuesta agresora. Establece, además, que “en aquellos casos en que la provocación suficiente constituya ya una agresión ilegítima inminente o actual, peligrosa e inevitable para el bien jurídico protegido sin recurrir a la defensa, frente a la que el provocado actúa con necesidad de la concreta defensa, se producirá una inversión de papeles, convirtiéndose el provocador en agresor y el provocado quien actúe amparado por la legítima defensa”. Por su parte, tampoco resulta minoritario el sector doctrinal que defiende el encaje en la provocación también de aquellas conductas lícitas por entender aquella como la conducta que explica la reacción del agresor. Independientemente de la interpretación doctrinal adoptada, todos ellos coinciden en que en caso de existir provocación por parte del defensor, pero carecer esa provocación del carácter suficiente, no quedará excluido este requisito, pudiendo quedar amparado por legítima defensa.

Especial importancia tiene en este punto el tratamiento doctrinal y jurisprudencial dado a las *situaciones de riña muta y libremente aceptada*. La jurisprudencia viene

¹⁰⁰ Esa separación en el pensamiento doctrinal es plasmada por VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 216.

¹⁰¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005, pp. 241 y 242.

¹⁰² VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 217.

entendiendo como tal a “aquella situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan en las peligras vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra”.¹⁰³ En palabras de LUZÓN PEÑA¹⁰⁴ habrá riña libre y mutuamente aceptada cuando ante una provocación o desafío, expreso o tácito, unilateral o recíproco, cada uno de los contendientes sin verse forzados a ello aceptan ser atacados por el otro y, por tanto, correr el riesgo de lesión. No la habrá, sin embargo, en aquellos supuestos en que el defensor se vea envuelto en una lucha con el agresor como consecuencia de no haber logrado evitar desde el primer momento la agresión ilegítima.¹⁰⁵ La existencia de este tipo de situaciones impide la apreciación de la legítima defensa porque en ese escenario de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser ambos actores provocadores del enfrentamiento, no detectándose así un “animus defendendi” exclusivamente (elemento subjetivo), sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión ilegítima ante el aceptado desafío.¹⁰⁶ Sólo en caso de que uno de ellos se mantuviese estrictamente a la defensiva, limitándose a evitar la agresión, se podrá alegar legítima defensa, que será incompleta si se estimara que la existencia de esa aceptación voluntaria, que constituye ya una provocación, resulta ser suficiente.¹⁰⁷

3. REQUISITOS SUBJETIVOS

Al igual que sucedía con los requisitos objetivos, el requisito subjetivo de la presente causa de justificación puede derivarse de la interpretación del art. 20.4 CP. En ese sentido, el elemento subjetivo hace referencia a la necesidad de que el sujeto actúe con conocimiento y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación, esto es, con conocimiento y voluntad de que su conducta típica se

¹⁰³ Véase *STS 1354/2011, de 19 de diciembre*, FJ3, ECLI:ES:TS:2011:9007.

¹⁰⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, p. 407.

¹⁰⁵ Véase *STS 1253/2005, de 26 de octubre*, FJ 2, ECLI:ES:TS:2005:6500.

¹⁰⁶ Véase *STS 1021/2021, de 9 de marzo*, FJ 2, ECLI:ES:TS:2021:1021.

¹⁰⁷ Esta es la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritariamente sostenida. Véanse VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 217 y *STS 932/2007, de 21 de noviembre*, FJ2, ECLI:ES:TS:2007:7798.

encuentre amparada por la legítima defensa y con ánimo o voluntad de defensa (“animus defendendi”). Ambos se deducen de la expresión “obrar en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”, pues sólo puede actuar de tal manera aquel que actúa con conocimiento y voluntad de la presencia de los elementos objetivos y con ánimo de defensa.¹⁰⁸ No resulta ajeno tampoco a este requisito la existencia de debate doctrinal acerca de su contenido pues hay quienes afirman que el elemento subjetivo exige únicamente el conocimiento y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos sin ser necesario el *animus defendendi*.¹⁰⁹

Como refleja el Tribunal Supremo, la apreciación de ese “animus defendendi” no será incompatible con la concurrencia de otros ánimos del defensor como el propósito de matar al injusto agresor (“animus necandi”) en tanto que el primero se contenta con la conciencia de que se está obrando en legítima defensa y el *animus necandi*, por su parte, lleva ínsito además el ánimo o voluntad de matar que podría resultar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo¹¹⁰ de forma que no queda excluida necesariamente la “necesitas defensionis” que fundamenta la eximente.

La ausencia del presente requisito, al ser considerado por la opinión mayoritaria elemento secundario de la legítima defensa, dará lugar a la aplicación de la eximente incompleta sirviendo por ello de atenuante de la responsabilidad del defensor cuya acción u omisión típica será castigada como delito en grado de tentativa¹¹¹ al quedar excluido únicamente el desvalor del resultado, pero no el desvalor de la acción¹¹². Frente a esta tesis, un sector jurisprudencial¹¹³ y autores tales como VIZUETA FERNÁNDEZ¹¹⁴ sostienen el carácter esencial e imprescindible del “animus defendendi” de forma que su inobservancia impediría la apreciación tanto de la eximente completa como incompleta.

¹⁰⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 203.

¹⁰⁹ Véase al respecto Capítulo I, p. 13 y LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016, pp. 413 y 414, como defensor de tal postura.

¹¹⁰ Véase a tal respecto STS 932/2007, de 21 de noviembre, FJ2, ECLI:ES:TS:2007:7798. También en STS 9007/2011 de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2011:9007.

¹¹¹ En aplicación del artículo 62 CP, que establece que será castigada con la pena inferior en uno o dos grados.

¹¹² Véase STS 1471/2011, de 4 de marzo, FJ3, ECLI:ES:TS:2011:1471.

¹¹³ Véase STS 844/2013, de 4 de octubre, FJ4, ECLI:ES:TS:2013:5445.

¹¹⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 218.

4. BIENES JURÍDICOS DEFENDIBLES

Por último, -y a modo de introducción también del siguiente capítulo que estudiaremos– conviene señalar que precisamente por ese doble fundamento del que se ha dotado a la legítima defensa no todos los bienes jurídicos encuentran encaje en la tutela concedida por la misma. Así, de la expresión “el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos” se entiende que los derechos a los que alude son los de la persona, física o jurídica¹¹⁵, es decir, bienes jurídicos personales¹¹⁶ quedando excluidos, por consiguiente, aquellos bienes jurídicos no personales, esto es, bienes jurídicos supraindividuales cuyo titular ya no es el individuo ni la persona jurídica sino la sociedad o el Estado como ente soberano¹¹⁷. Ello no obstará para que frente a agresiones ilegítimas contra este tipo de bienes puedan invocarse otras causas de justificación como el estado de necesidad.¹¹⁸

III. LEGÍTIMA DEFENSA DE LA MORADA

En el presente capítulo, tomando como base el análisis realizado sobre la legítima defensa como causa de justificación, procederemos a analizar su aplicación al caso concreto de la *morada o sus dependencias* por tratarse de uno de los bienes jurídicos subsumibles en el ámbito de aplicación de aquella a tenor del artículo 20.4 CP párrafo primero que establece: “En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas”.

Se deduce así una especial intención por parte del legislador de incluir la morada en el catálogo de bienes jurídicos defendibles a través de la legítima defensa por constituir, como veremos a continuación, un bien patrimonial a la vez que el espacio en que el individuo desarrolla su derecho a la intimidad, siendo realmente ese derecho el bien jurídico al que se ha querido dotar de especial protección.

¹¹⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 210.

¹¹⁶ Destacan: la vida, la integridad física, la intimidad, el patrimonio, etc.

¹¹⁷ Entre ellos encontramos: la salud pública, la seguridad vial, etc.

¹¹⁸ Es también del artículo. 20.5 CP, concretamente de la expresión “para evitar un mal propio o ajeno”, del que se pueda derivar la tutela concedida por la eximente de estado de necesidad tanto a bienes jurídicos individuales como a bienes jurídicos supraindividuales.

Comenzaremos, por tanto, llevando a cabo un análisis jurisprudencial del concepto de morada y sus dependencias, diferenciándolo así del concepto administrativo y civil de vivienda para proceder posteriormente a analizar los requisitos de la presente causa de justificación aplicados al caso concreto, especialmente el requisito de la necesidad racional del medio empleado para evitar la agresión ilegítima y terminando con un análisis de la relación jurídico-penal entre el conocido “fenómeno okupa” y la defensa de la morada.

1. CONCEPTO DE MORADA. LA DISTINCIÓN ENTRE MORADA Y SEGUNDA VIVIENDA: OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Pese a la gran frecuencia con que en la actualidad se utiliza el término morada, por ejemplo, para hacer referencia al -conocido por todos- delito de allanamiento de morada tipificado por el art. 202 CP y ss., todavía a día de hoy el concepto de “morada y sus dependencias” plantea dudas acerca de su contenido. Resulta curioso ver cómo en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma legal, salvo error, establece un concepto claro de vivienda o morada, ni siquiera nuestro Código Civil lo hace. Para conseguir un concepto básico de este término hemos de acercarnos a la distinta jurisprudencia.

En este aspecto, comenzaremos atendiendo a la jurisprudencia sostenida por el TS acerca de la distinción entre el concepto penal de morada y el concepto que, desde un punto administrativo, se tiene por vivienda, concretamente en su STS 731/2013, de 7 de octubre¹¹⁹, para adentrarnos seguidamente en el análisis de la STS de 10 de febrero de 2020¹²⁰ que supuso la actualización del concepto de morada sostenido hasta entonces por dicha sala en su jurisprudencia anterior. Así pues, para la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su STS 731/2013, de 7 de octubre,

“El concepto de morada a efectos penales no se identifica con la noción administrativa de vivienda. La idea de que sólo aquellos inmuebles debidamente regularizados a efectos fiscales son susceptibles de protección penal carece de toda justificación. El contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) no puede obtenerse a partir de una concepción topográfica del espacio en el que se desarrollan las funciones vitales, sino que ha de entenderse de modo amplio y flexible. Como ya hemos recordado en otras ocasiones [...]el Tribunal Constitucional , ha identificado el domicilio con un

¹¹⁹ Véase STS 731/2013, de 7 de octubre, FJ 4, ECLI:ES:TS:2013:5271.

¹²⁰ Véase STS 3620/2020, de 10 de febrero, FJ 2, ECLI:ES:TS:2020:3620.

«espacio apto para desarrollar vida privada», un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» [...]. Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre , ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental». Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad”.

Advertimos así que nuestro alto tribunal sostiene un concepto amplio de morada, en el que se incluye cualquier espacio cerrado en el que transcurra la vida privada de una persona o conjunto de ellas. Incide el TS en que la temporalidad en el concepto de morada puede ser definitiva, temporal o accidental, dando cabida a otras residencias que, pese a no ser la principal, también puedan ser objeto de uso por parte de un individuo o familia como sería el caso de la vivienda destinada a un uso vacacional y que por su uso merecen tal protección. En ese sentido, el TS trata de enfatizar la vinculación del concepto de morada o domicilio con la protección de la esfera de privacidad del individuo, lo que se traduce en la necesaria ampliación del concepto jurídico civil o administrativo de morada, para entender, entonces, el concepto de morada o domicilio como integrado de la protección del individuo.

Como vemos, el concepto de morada “básico” en sí no resulta de difícil interpretación pues cualquier vivienda en la que habite de manera regular un individuo o familia se entenderá siempre considerada bajo el paraguas protector del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, cuando esta temporalidad se ve afectada y deja de ser permanente para ser transitoria la jurisprudencia ha encontrado -normalmente- problemas conceptuales.

Conforme a este antecedente, la STS 587/2020, de 6 de noviembre¹²¹ actualizó el concepto jurisprudencial de morada. El Tribunal se plantea “si es posible que la calificación de "morada" sea doble, en el sentido de poder disponer de tal consideración dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habitual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a "elegir" cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función” (FJ 2) despejando más adelante esta

¹²¹ Véase STS 587/2020, de 6 de noviembre, FJ 2; ES:TS:2020:3620.

duda y concretando que “encontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad, alejadas de la intromisión de terceros no autorizados” (FJ 2).

Para el TS, el hecho de que la vivienda acerca de la cual se discutía su condición de morada no tuviese datos de alta el agua o la luz, por ejemplo, o careciese de habitabilidad no suponía impedimento alguno dado que “el bien jurídico protegido no queda subordinado al tamaño de la vivienda ni a su regularidad administrativa. De ahí que la certificación administrativa acerca de la existencia o ausencia de cédula de habitabilidad no habría añadido nada a la efectiva existencia de un recinto en el que se desarrollaban las funciones propias de la vida personal y familiar” (FJ 2).

Por tanto, entiende el tribunal y sienta doctrina al respecto de que, independientemente de si la cualidad de morada se atribuye a la residencia habitual o a la segunda residencia, ésta habría de entenderse como constitucional y penalmente protegida, en tanto constituye un espacio cerrado en donde se desarrolla vida privada y doméstica, existiendo, por tanto, la posibilidad de que una persona disponga de morada en dos residencias que pueda usar alternativamente, de forma más o menos periódica, puesto que, como hemos referido, no existe disposición legal alguna que obligue a las personas a establecer cuál es su morada.

Mucho menos podrá ser desplazada esa protección constitucional de la que se dota al espacio en que habita un individuo -siempre que cumplan con las notas asentadas por la jurisprudencia- a través del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como su protección penal a través del delito de allanamiento de morada¹²² por el mero cambio físico de domicilio de una persona o por aspectos administrativos como el establecimiento de la residencia fiscal o de un domicilio a efectos de notificaciones pues, como he referido anteriormente, la inviolabilidad del domicilio recogida en el art. 18.2 CE se configura como propia del derecho a la protección de la privacidad del individuo, como un derecho inherente al mismo, que protege su aspecto más íntimo en el desarrollo de su vida y personalidad, siendo ésta propia del individuo que mora la vivienda, y no de la morada que habita el individuo.

¹²² Art. 18.2 CE y art. 202 CP respectivamente.

En el caso de las dependencias, el TS viene entendiendo como tales “aquellos espacios delimitados y espacios exteriores a la morada, pero que componen parte de su estructura, así como aquellos espacios de la misma que mantengan una comunicación interior con ella”¹²³. Quedan por ello incluidos en tal concepto espacios tales como patios, garajes o jardines¹²⁴ e incluso determinadas zonas comunes presentes en edificios de propiedad horizontal¹²⁵, siempre y cuando cumplan los requisitos jurisprudencialmente se exigen para concederles esa especial protección, esto es, que exista una contigüidad, cerramiento, comunicación interior -que no necesariamente directa- o formen una unidad física respecto de la morada pues también en estos casos existe una potencial afectación a la intimidad del individuo -y no solo a la del individuo en cuestión, sino también un aumento del riesgo para los demás vecinos que moran el resto de viviendas del edificio donde dichas zonas comunes se encuentran- dada la inmediata proximidad del domicilio y dado que se trata de zonas donde el individuo desarrolla también acciones conectadas necesariamente con su intimidad domiciliaria, como podrían ser los horarios de llegada, por ejemplo.¹²⁶

En ese mismo sentido puede ser interpretada la regulación llevada a cabo por el legislador respecto a la morada y sus dependencias. La consideración de la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental en el art. 18.2 CE, así como la tipificación del delito de allanamiento de morada en el art. 202 CP y la inclusión de esta última como

¹²³ Véase *STS 645/2014, de 6 de octubre*, FJ3, ECLI:ES:TS:2014:4224. En ella, el TS estima que la reacción defensiva llevado a cabo por el sujeto que ve invadida la nave en la que desarrollaba sus labores ganaderas, y que causó la muerte de quien se encontraba invadiéndola, se encuentra amparada por la eximente de legítima defensa al considerar aquella nave una dependencia de la morada por estar conectada con la misma.

¹²⁴ En *STS 1803/2002, de 4 de noviembre*, FJ2, ECLI:ES:TS:2002:7291 el TS establece: “el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”.

¹²⁵ Ha sido jurisprudencialmente admitido que, en edificaciones en régimen de propiedad horizontal también integren las dependencias de la morada, por ejemplo, los trasteros, garajes, buhardillas, azoteas o las escaleras de uso común de los vecinos por ser zonas ubicadas en el mismo edificio de viviendas que, pese a no tener una comunicación interior directa con la morada, requieren para su acceso del uso de zonas comunes que “se hallan dentro del cuerpo total de unidad constructiva, sin necesidad de salir a lugar de tránsito general de la localidad en que se halle”. Véanse, entre otras: *STS 972/2016 de 21 de diciembre*, ECLI:ES:TS:2016:5669; *STS 633/1949, de 6 de diciembre*; *STS 159/1972, de 7 de febrero*.

¹²⁶ Véanse *STS 1380/2000, de 11 de septiembre*, FJ2, ECLI:ES:TS:2000:6403 y *STS de 4 de marzo de 1997*. En ambas sentencias, el TS reconoce que el fundamento o *ratio essendi* de la agravación específica de la morada y sus dependencias y, por tanto, la sobreprotección que ambas reciben -aunque en ocasiones las dependencias lo hagan en un menor grado - se debe al peligro potencial que la agresión ilegítima puede suponer para las personas y al valor añadido de la intimidad domiciliaria y es precisamente en la sentencia de 4 de marzo de 1997 (como sucede en otras también) donde dicha sala, tras reconocer la condición de dependencia al trastero situado en una comunidad de vecinos, alega que también en estos casos de dependencias en zonas comunes el fundamento de la protección que se les concede debe descansar en el peligro potencial que supone para la persona y para su intimidad domiciliaria.

bien jurídico defendible a través de la eximente de legítima defensa (art. 20.4 CP) refleja un peculiar interés por parte del legislador en proteger la morada tanto desde la óptica constitucional como penal y no precisamente por constituir ésta un determinado espacio físico, sino por ser el espacio en el que el individuo desarrolla su intimidad personal y familiar, es decir, por su especial vinculación con la esfera privada del sujeto.

Desde mi punto de vista, es probablemente el deseo de salvaguardar el derecho fundamental a la intimidad del individuo lo que lleva al legislador a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad personal, concediendo esa especial tutela no solo a la morada, sino también a sus dependencias por desarrollarse también en su interior esa intimidad.

A modo de conclusión y centrándonos ya en la legítima defensa de la morada como causa de justificación, podemos afirmar que la tutela concedida a través de dicha eximente será idéntica en aquellos casos en los que la agresión ilegítima amenace con producirse o tenga efectivamente lugar frente a la vivienda habitual, la segunda vivienda o cualquier otro espacio cerrado, contiguo, comunicado interiormente o que forme parte de la misma unidad física en el que el individuo desarrolle su esfera de privacidad al encontrarse todos ellos incluidos en el concepto de morada según asentada jurisprudencia del TS.

2. REQUISITOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS APLICADOS AL CASO CONCRETO

Analizado y delimitado ya el concepto jurisprudencial y legal de morada y sus dependencias, así como la protección concedida a éstas, procedemos a estudiar los requisitos que han de concurrir en el caso concreto para poder apreciar la presente causa de justificación frente a agresiones ilegítimas que se produzcan contra aquellas.

Al igual que sucedía, por ejemplo, en el caso de una agresión ilegítima que amenazaba con lesionar o lesionaba la integridad física de una persona, en el caso presente, esto es, una agresión ilegítima frente a la morada o sus dependencias será exigible de igual forma la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos

expuestos con anterioridad¹²⁷ para que la reacción defensiva llevada a cabo para repeler la misma pueda quedar amparada por la eximente completa de legítima defensa. Asimismo, la ausencia de alguno de estos requisitos, siempre y cuando no sean aquellos requisitos considerados esenciales (agresión ilegítima y necesidad de defensa), dará lugar únicamente a la apreciación de la eximente incompleta.

Atendiendo a la agresión ilegítima, como primer requisito objetivo -y esencial- que debe concurrir, es el propio Código Penal el que, en su art. 20.4 CP, establece una definición de agresión ilegítima a la morada o sus dependencias, entendiendo como tal “la entrada indebida en aquélla o éstas”. Habrá agresión ilegítima, por tanto, bien cuando se produzca el allanamiento de la morada o sus dependencias (actualidad de la agresión), bien cuando amenace con producirse (inminencia de la agresión¹²⁸) o bien cuando pese a haberse consumado ya el allanamiento, el mismo todavía perdure. Como ya hemos mencionado, en este tipo de delitos el momento de la consumación (momento en que tiene lugar la entrada indebida en la morada o sus dependencias) y el momento final de la agresión (cuando se produce la salida de la misma) no coinciden por lo que cabrá alegar legítima defensa en tanto no cese la agresión y sin que se produzca por ello el denominado exceso extensivo posterior de la legítima defensa que impediría su apreciación. Ejemplo de ello sería la ocupación ilegal de viviendas sobre la que profundizaremos más adelante.

Retomando la definición dada por el CP de agresión ilegítima a la morada y de acuerdo con VIZUETA FERNÁNDEZ¹²⁹ cabe decir que la misma supone una restricción del concepto general de agresión ilegítima y, en consecuencia, una limitación del ámbito de aplicación la legítima defensa respecto de la morada al quedar excluidos de la definición aquellos supuestos de allanamiento pasivo o agresión ilegítima omisiva frente a la misma, esto es, de permanencia indebida en morada ajena y en contra de la voluntad del morador de quien había sido primero invitado, pero luego echado.¹³⁰

¹²⁷ Véanse pp. 22-33.

¹²⁸ Sería el supuesto en que los ladrones son pillados “in fraganti” por el dueño de la casa cuando estaban tratando de romper la cerradura para proceder a entrar en ella.

¹²⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013), *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito*, Coord. Romeo Casabona C., Sola Reche E., Boldova Pasamar M.; Granada, Editorial Comares, pág. 213.

¹³⁰ No obstante, la imposibilidad de alegar legítima defensa en estos casos no será óbice para poder invocar la causa de justificación del estado de necesidad. Ello es, si bien recordamos, lo contrario a lo que sucedía precisamente en el concepto general de agresión ilegítima explicado con anterioridad. En este último, ante la falta de exclusión expresa por parte del legislador, se deducía la inclusión de la omisión como parte

Por lo que respecta a la dicción que “los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes” a la que también hace referencia el art. 20.4 CP en su primer párrafo al hablar de agresiones ilegítimas frente a bienes patrimoniales, es opinión del sector doctrinal mayoritario¹³¹ la carencia de relevancia de la misma al considerarla exigencia de la legítima defensa de todo bien jurídico y no solo de los patrimoniales. Añade además CEREZO MIR, como parte de ese sector mayoritario, que no se trata de un deterioro o pérdida de los bienes en sentido material, al entenderse por bienes no sólo las cosas (muebles o inmuebles), sino también los derechos patrimoniales sobre ellas, bastando, por tanto, para la existencia de agresión ilegítima cualquier menoscabo o lesión de un derecho patrimonial.¹³²

Se trata, en definitiva, de un requisito cuya determinación no plantea especial dificultad bastando con la entrada indebida en la morada o sus dependencias, por constituir ya en sí mismo un ilícito penal (delito de allanamiento de morada¹³³), para poder ser apreciada y ello con independencia del móvil real que haya motivado a quienes allanan la morada en su acción, pudiendo ser un ánimo de lucro (cometer un robo, por ejemplo) o cualquier otro y con independencia de si concurre el presupuesto de culpabilidad o no en la persona del agresor, pudiendo alegar dicha eximente frente a la agresión ilegítima de un inimputable (enajenado, ebrio) o de una persona que actúa bajo una causa de inculpabilidad (miedo insuperable, por ejemplo).¹³⁴

En caso de que durante el trámite del allanamiento de la morada o sus dependencias, los moradores vean amenazada o lesionada también su integridad física, por ejemplo, por haber sido amenazados con una pistola o haber sufrido lesiones fruto de un forcejeo, podrán alegar haber actuado en legítima defensa tanto de su integridad física, como de su morada y, por tanto, la necesidad de defensa, como segundo requisito esencial sin el cual no cabe apreciar legítima defensa, se podrá ceñir tanto a la defensa del

también del concepto de agresión pues, de lo contrario, si ésta no hubiese sido la intención del legislador nos encontraríamos ahora ante una redundancia, no siendo necesario que el legislador hiciese referencia de nuevo a la exclusión de las omisiones si se supone que esa exclusión ya integraba el concepto general de agresión ilegítima.

¹³¹ Entre ellos VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito*. Comares. pp. 212 y 213.

¹³² CEREZO MIR, J. (2003). *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*. p. 221.

¹³³ Véase artículo 202 CP.

¹³⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013, p. 212.

domicilio habitual como a la integridad física de los propios moradores por ser ambos bienes jurídicos protegidos bajo esta causa de justificación y haber sufrido ambos una agresión ilegítima actual o inminente, peligrosa e inevitable de no haberse llevado a cabo la reacción defensiva por parte de los moradores¹³⁵. Será necesario, por tanto, que la agresión ilegítima cumpla esas tres cualidades principales mencionadas (actualidad o inminencia, peligrosidad e inevitabilidad) para poder afirmar esa necesidad de la defensa.

Sobre la actualidad o inminencia de la agresión -a la que hemos hecho referencia anteriormente al hablar de la agresión ilegítima como primer requisito que debe concurrir- es preciso puntualizar en este momento que no quedará amparada la acción defensiva llevada a cabo por el sujeto que vea agredida su morada cuando ni siquiera se haya anunciado el inmediato comienzo de la agresión a la misma (exceso extensivo anterior)¹³⁶, ni tampoco cuando ya haya finalizado (exceso extensivo posterior)¹³⁷. En lo que respecta a la segunda de las cualidades, la peligrosidad de la agresión para el bien jurídico, cabe decir que no podrá apreciarse peligrosidad de la agresión y, por tanto, no habrá necesidad de defensa en el caso de que ya desde una perspectiva *ex ante* se ponga de manifiesto la falta de capacidad objetiva de la conducta del agresor para lesionar el bien jurídico protegido, por ejemplo, en el caso de que el futuro agresor se hubiera limitado a dar vueltas alrededor de la morada con el objetivo de visualizar si había gente dentro o no. Se trataría de un supuesto de tentativa inidónea que supone un peligro abstracto para la morada, un peligro que carece de entidad suficiente¹³⁸.

¹³⁵ Penalmente dicha conducta de invasión del domicilio ajeno mediante el empleo de violencia física o con empleo de violencia física (ya sea ejercida contra las cosas como podría ser una cerradura, ya sea contra los propios titulares del domicilio ajeno que se resisten a permitir el allanamiento) es calificada de allanamiento de morada con empleo de violencia e intimidación, esto es, como un subtipo agravado del delito de allanamiento de morada tipificado en el art. 202.2 CP. Así lo refleja la *STS 7400/2004, de 16 de noviembre*, FJ2, ECLI:ES:TS:2004:7400, entre otras.

¹³⁶ Ejemplo de ello sería el caso de un sujeto X que, ante el chivatazo que recibe acerca de las intenciones del señor Y de entrar a robar en su casa, decide pegarle una paliza tras verle paseando un día cerca de su casa por creer que se dirigía hacia ella con intenciones de entrar a robar.

¹³⁷ Este sería el caso del sujeto que decide ir tras los que han allanado su casa una vez han salido corriendo de la misma por no haber podido llevar a cabo una reacción defensiva en el momento en que vio que la invadían al haber quedado paralizado por el miedo que le ocasionó y querer llevarla a cabo en el momento en que recuperó la conciencia. Tanto en este caso como en el anterior, al no existir esa actualidad o inminencia de la agresión ilegítima que sufre la morada no habrá necesidad de defensa alguna, pues o bien la agresión no ha comenzado todavía o ya ha finalizado y, por ello, el sujeto no podrá quedar amparado por la legítima defensa en su reacción defensiva.

¹³⁸ El hecho de encontrarse cerca de la vivienda y dar vueltas a su alrededor, aunque ello se realice dentro de un contexto intimidatorio no resulta suficiente para considerar que ha existido una agresión ilegítima frente a la morada o sus dependencias ya que no se ha producido ni la entrada indebida, ni un intento para lograrlo.

Por último, en relación con la inevitabilidad de la agresión de no llevarse a cabo la reacción defensiva, hay que recordar que el carácter necesario de la defensa no quedará excluido en el caso de que los moradores decidiesen huir de la vivienda, por ejemplo, si se encontraran en su interior al tiempo de producirse el allanamiento, ni tampoco en el caso de que decidiesen pedir auxilio a la policía o terceras personas en lugar de llevar a cabo una reacción defensiva por sus propios medios pues en ambos casos el agredido está llevando a cabo alguna acción tendente a evitar la agresión ilegítima a la morada.

Refiriéndonos ya al requisito objetivo de la necesidad racional del medio empleado por el defensor para repeler la agresión podemos apreciar la existencia de dos sectores jurisprudenciales claramente diferenciados con opiniones diversas, lo que impide poder resolver este tipo de conflictos de manera uniforme. Así, por un lado, hay quienes afirman que para apreciar la concurrencia de este requisito debe existir proporcionalidad entre los medios empleados por agresor y defensor, así como entre los bienes jurídicos implicados por entender racionalidad como proporcionalidad llegando incluso a hablar del requisito de “proporcionalidad del medio empleado” en lugar de “racionalidad del medio”¹³⁹. La existencia de esta proporcionalidad será determinada objetivamente desde una perspectiva ex ante en la que se deberá ponderar la importancia de los bienes jurídicos afectados, la gravedad del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende teniéndose en cuenta el estado mental en que se encuentra, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa nos encontraremos ante un exceso intensivo que solo permitirá la apreciación de la eximente incompleta (art. 21.1^a CP)¹⁴⁰.

Frente a los defensores de la racionalidad como proporcionalidad, el sector jurisprudencial mayoritario¹⁴¹ defiende la necesidad de atender al principio de menor lesividad para enjuiciar si concurre o no dicho requisito, dejando por ello a un lado el requisito de la proporcionalidad y haciendo depender dicho juicio de una comparación entre la acción llevada a cabo por el defensor y la que, en su situación concreta, hubiera

¹³⁹ Véase *STS 2189/2001, de 19 de marzo*, FJ1, ECLI:ES:TS:2001:2189.

¹⁴⁰ Así lo expresa la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su *STS 646/2007, de 27 de junio*, FJ1, ECLI:ES:TS:2007:4848.

¹⁴¹ Véanse, entre otras, *STS 8274/2012, de 12 de noviembre*, FJ 2, ECLI:ES:TS:2012:8274; *STS 1270/2009*, de 16 de diciembre, FJ3, ECLI:ES:TS:2009:8088; *STS 614/2004, de 12 de mayo*, ECLI:ES:TS:2004:3237.

sido ya suficiente para repeler o impedir la agresión teniendo en cuenta los medios defensivos existentes a disposición del defensor.

Así ocurre en la SAP TF 619/2018¹⁴². Mientras que en este caso el Jurado, para determinar la concurrencia del requisito de la necesidad racional del medio defensivo empleado, aplicó el principio de menor lesividad considerando que

“no queda probado que «el disparo realizado por el acusado Damaso que determinó el fallecimiento de Roque (uno de los asaltantes de su vivienda) en defensa propia y de su esposa fuese la única alternativa posible para impedir el riesgo real existente o que el acusado se representaba por la situación de angustia y temor provocado por la situación sin previa provocación por su parte, de los enmascarados en el curso del asalto», motivando su veredicto «en base a que a pesar de que se trataba de una situación de riesgo para el acusado y su familia y que actuó en legítima defensa propia y de su mujer, existían otras alternativas de actuación menos gravosas o perjudiciales que hubieren podido impedir la muerte de Don Roque» [...] otras alternativas igualmente efectivas”.

Se aprecia, de esta forma, cómo en aplicación del criterio de la menor lesividad para el agresor, el Jurado decidió estimar la existencia de legítima defensa, pero sólo como eximente incompleta, pues pese a no darse el requisito de la racionalidad del medio empleado sí que concurrían el resto de requisitos de la causa de justificación.

Dice además, el Jurado

“Para juzgar la necesidad racional del medio empleado «no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho». [...] «Este juicio depende de una comparación entre la acción llevada a cabo por el defensor y la que, en su situación concreta, hubiera sido ya suficiente para repeler o impedir la agresión»”.

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia 287/2009, de 17 de marzo¹⁴³, a diferencia del criterio utilizado por el Jurado, parte del principio de proporcionalidad que debe existir entre la defensa llevada a cabo y la agresión sufrida para determinar la necesidad racional del medio empleado. En ese sentido establece:

“la defensa ha de ser necesaria (“necessitas defensionis) y proporcionada a la agresión, para lo cual habrá de ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad

¹⁴² Véase SAP TF 619/2018, de 11 de abril, FJ 3, ECLI:ES:APTF:2018:619.

¹⁴³ Véase STS 287/2009, de 17 de marzo, FJ2, ECLI:ES:TS:2009:1561

del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa ("exceso intensivo") podrá apreciarse una eximente incompleta".

Como se refleja, el criterio ahora determinante para observar la racionalidad del medio empleado es la proporcionalidad existente entre la agresión sufrida y la defensa llevada a cabo. No obstante, podemos apreciar cómo el Tribunal no lleva a cabo una interpretación restrictiva de este principio de proporcionalidad, sino que defiende también para su determinación la valoración y ponderación de otras circunstancias concurrentes en el caso concreto para su determinación como es el estado mental de exaltación en que se encontraba el defensor. El TS argumenta así:

"En la psíquis del defensor se representó un peligro para la vida propia o de su esposa ante la exhibición por parte de los asaltantes o de alguno de ellos de una o de las dos armas simuladas que portaban. El recurso a hacerse con el revólver que, según refirió, le había dejado su hijo y que guardaba en una caja fuerte cuya llave portaba en el pantalón parece una respuesta proporcionada al riesgo real o representado. Además, optó por efectuar un primer disparo de advertencia(...)".

Desde mi punto de vista, se trata del requisito de la eximente de legítima defensa que más problemas puede plantear a la hora de determinar su concurrencia, pues atendiendo a la existencia de dos sectores doctrinales¹⁴⁴ y jurisprudenciales¹⁴⁵ claramente diferenciados se podrá dar la situación de que, ante un mismo supuesto, habrá quienes, exigiendo la concurrencia de proporcionalidad entre el medio defensivo empleado y la agresión sufrida, estimen que la reacción defensiva queda amparada por la legítima defensa completa, mientras que el otro sector, al tener en consideración el principio de menor lesividad para determinar la concurrencia de este requisito, estime la concurrencia de la legítima defensa, pero no como completa sino como incompleta; o viceversa. Y todo ello sin hablar de la dificultad que supone la evaluación de los males concurrentes para

¹⁴⁴ Véase MERA, J., CILLERO, M., COUSO, J., HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado Parte General*, Santiago, Legal Publishing, 2011, p. 211, como partidario del principio de proporcionalidad al sostener la necesidad de llevar a cabo una valoración objetiva de la necesidad racional del medio y, por tanto, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Véase, en contraposición, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2003, pp. 235 y 236, como defensor de la aplicación del principio de menor lesividad.

¹⁴⁵ Véase STS 444/2004, de 1 de abril, FJ2, ECLI:ES:TS:2004:2265. La Sala utiliza el principio de proporcionalidad como criterio determinante en la apreciación del requisito de racionalidad del medio. Véanse, por otra parte, STS 8274/2012, de 12 de noviembre, FJ 2, ECLI:ES:TS:2012:8274 y STS 1270/2009, de 16 de diciembre, FJ3, ECLI:ES:TS:2009:8088 en las cuales el criterio predominante empleado es el de menor lesividad, si bien es verdad que también se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, pero en un segundo plano.

determinar si “el mal” que estamos causando es mayor o menor que el que pretendemos evitar -o, en su caso, si son proporcionales y en base a qué parámetros- pues, ¿resulta más grave amenazar al ladrón que entra a robar a tu casa que el robo que éste lleva a cabo?

Ello se debe a que, en palabras de reiterada jurisprudencia del TS “es el único requisito graduable y, por ello, puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta”. Por ende, el análisis de su concurrencia o no en el caso concreto resultará fundamental, a la vez que difícil, para determinar si nos encontramos ante una eximente completa o incompleta.

En ese sentido indica el Tribunal Supremo:

“Según reiterada jurisprudencia por ejemplo STS. 1515/2004 de 23 de diciembre , el único graduable y que, por tanto, puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, toda vez que tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados: concurren o no concurren. A excepción, si acaso, de la denominada legítima defensa putativa, que supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, no se ha producido, al menos con la gravedad que, equivocadamente, se le atribuye. Es, por consiguiente, en la adecuación del medio empleado para defenderse donde puede ubicarse la línea que separa la eximente completa de la incompleta, ya que, la doctrina y la jurisprudencia (SSTS de 20 de abril de 1.998 y de 19 de Marzo de 2001), se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión”.

Como último requisito objetivo -no esencial- que habrá de tenerse en cuenta para determinar en qué modalidad, si completa o incompleta, concurre la eximente se encuentra la falta de provocación suficiente. Pese a que anteriormente nos hemos referido a él como un requisito de difícil apreciación por los tribunales y que requiere de un análisis en detalle de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en los supuestos de legítima defensa de la morada en que tienen lugar delitos como el allanamiento de morada e incluso el ya aludido delito de ocupación indebida de morada ajena sucede más bien al contrario, pasando a ser un requisito que no plantea excesiva complejidad en su determinación al tratarse de delitos cometidos con un ánimo de lucro, esto es, con intención de obtener de manera ilícita una suma pecuniaria o determinados objetos de valor patrimonial que les reporten un beneficio económico sin que, generalmente, exista algún otro motivo de fondo que les haya empujado a cometer dicho delito como podría

ser una previa provocación o alguna situación de riña mutua y libremente aceptada que impedirían la apreciación de dicho requisito y, por tanto, la eximente completa.

Finalmente, en lo que al elemento subjetivo respecta recalcar que también en los casos de legítima defensa de la morada el ánimo de defensa o “animus defendendi” no tendrá por qué ser el único presente en las personas que ven invadida su casa, pudiendo concurrir también otros motivos como el “animus necandi” o ánimo de matar al injusto agresor, por ser, por ejemplo, un individuo peligroso que ya había intentado atracarles varias veces y así conseguir alcanzar el propuesto fin defensivo de su morada e incluso de su integridad física que se había visto amenazada. Se trata, como ya vimos, de un elemento secundario cuya ausencia no impedirá la apreciación de la presente causa de justificación, sino que servirá de atenuante de la responsabilidad del defensor cuya acción será castigada como delito en grado de tentativa al quedar excluido únicamente el desvalor del resultado.

3. RELACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LA MORADA Y LA OCUPACIÓN ILEGAL DE VIVIENDAS. EL “FENÓMENO OKUPA”

Cuando el derecho a la intimidad, como derecho fundamental, se desarrolla en la morada, ésta queda protegida constitucionalmente a través del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pudiendo interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y penalmente a través del delito de allanamiento de morada.

Centrándonos en lo que a la jurisdicción penal respecta, al hablar del delito de allanamiento de morada, no es de extrañar que nos venga a la mente el llamado “fenómeno okupa”, realidad de tan notorio apogeo en la actualidad. Se trata de un fenómeno que genera una gran preocupación e inseguridad social, no solo para los propietarios de los inmuebles, sino también para el entorno social en que las ocupaciones tienen lugar por los problemas de convivencia que pudieran llegar a ocasionar.

Además, en los últimos años no solo se ha producido un cambio cuantitativo en la incidencia de este tipo de delitos -tendencia que, por supuesto, ha ido *in crescendo*¹⁴⁶- sino también un cambio cualitativo al haberse apreciado un considerable aumento de los casos en que dichas ocupaciones se han llevado a cabo en el ámbito de la delincuencia organizada, esto es, siendo grupos u organizaciones criminales los autores de las mismas¹⁴⁷. El problema en estos casos -más allá del que de forma obvia ocasionan a los titulares de dichos inmuebles- radica en el ataque ilegítimo que dichas organizaciones son capaces de provocar sobre los inmuebles al ser de mayor gravedad que el que provocaría, por ejemplo, en el caso de que los ocupantes fueran una familia que de forma individual y aislada llevan a cabo dicha ocupación -he aquí precisamente uno de los motivos por los que cada día son más las organizaciones criminales que se dedican a cometer este tipo de delitos- ya que tanto su radio de acción, como su capacidad de persistir en su ilícito proceder, perjudicando así a los legítimos propietarios de los inmuebles, se ve ampliado considerablemente. Asimismo, en muchas ocasiones estas organizaciones se aprovechan de la dura situación socioeconómica que atraviesa nuestra sociedad hoy día, en la que en los últimos años se ha duplicado el número de desahucios producidos de personas y familias en situación de desamparo económico y exclusión social, lo que conlleva que el fin lucrativo con que dichas organizaciones realizan las ocupaciones ilegales resulte todavía más deleznable -si cabe- desde una perspectiva ética, pues reprochable a nivel jurídico ya lo era desde el momento en que la conducta antijurídica de allanamiento tiene lugar.

Frente a esta realidad de alcance transnacional se han desarrollado distintas vías legales¹⁴⁸ a través de las cuales se trata de recuperar la posesión del inmueble que ha sido

¹⁴⁶ Como reflejan los datos recogidos por el Ministerio de Interior, el primer semestre de 2020 hubo 7450 denuncias de ocupación, frente a 7093 del mismo periodo anterior, lo que supuso un aumento del 5%, con un total de 357 casos más en toda España. Véase en ese sentido Domínguez, I. (2020, 6 septiembre). *Una dudosa alarma sobre los okupas*. El País. <https://elpais.com/españa/2020-09-05/una-dudosa-alarma-sobre-los-okupas.html>.

¹⁴⁷ El legislador ha querido sancionar con mayor dureza este tipo de casos y, por ello, junto a los delitos de allanamiento de morada o usurpación pacífica de bienes inmuebles, que a continuación explicaremos, podrán concurrir los tipos penales de organización y grupo criminal. Véanse en ese sentido los arts. 570 bis y ss. CP.

¹⁴⁸ Principalmente en el ámbito civil mediante la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permitió la agilización de los trámites que han de seguirse en los desahucios interpuestos con motivo de las situaciones de “okupación” y permitió así la celebración de juicios exprés y en el ámbito penal mediante la posibilidad de solicitar medidas cautelares tipificadas en el art. 13 LECrim, que remite a su vez a los arts. 544 bis y ter LECrim, para proteger a los perjudicados por estos delitos tratando de evitar que los mismos se sigan perpetrando. Véase al respecto *Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas*. Véanse también artículos 13 y 544 bis y ter Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ocupado ilícitamente mediante el desalojo de los ocupantes por las autoridades públicas. No obstante, se trata de procesos largos en los que la actuación de las autoridades se demora con frecuencia de forma prolongada -al menos en el caso de España¹⁴⁹- lo que puede llegar a suponer la vulneración del derecho fundamental de propiedad del poseedor legítimo y su derecho a un proceso equitativo -arts. 1 y 6.1 CEDH, respectivamente-, incluso en aquellos casos en que se esté obedeciendo a la necesidad de planificar y garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad¹⁵⁰. Ello hace que dichas vías legales instauradas se encuentren todavía lejos de poder radicar la problemática del “fenómeno okupa”.

No obstante, a colación de lo anterior, considero fundamental hacer en estos momentos un pequeño paréntesis para hablar del tan utilizado término de “delito de ocupación ilegal de vivienda ajena” cuando se habla del “fenómeno okupa”. Como ya sabemos, el presupuesto de hecho básico que debe concurrir en todo caso para que pueda hablarse de este fenómeno es -valga la redundancia- esa “ocupación” de la vivienda ajena con el fin de residir de manera ilícita en ella. Sin embargo, esa “ocupación” a la que se alude en el art. 245 CP no es en sí misma un tipo penal al no encontrarse tipificada como tal por nuestro ordenamiento, sino que constituye el elemento objetivo de otros tipos penales como, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada que es precisamente el que se ha tipificado en el precepto mencionado. Dicho de otro modo, mediante la acción de ocupar tiene lugar la comisión de otros delitos.

Por consiguiente, cuando se hace referencia al tan repetido “delito de ocupación ilegal de vivienda ajena” no se está hablando con propiedad pues no se trata realmente de un delito, sino más bien -como su propio nombre indica- de un fenómeno, al no encontrarse tipificado como tal en nuestro ordenamiento jurídico, siendo por ello por lo que no es correcto emplear dicho término que generalmente se usa de manera coloquial

¹⁴⁹ A diferencia de lo que sucede en España, en donde el proceso de desalojo y recuperación de los inmuebles ocupados suele caracterizarse por las sucesivas dilaciones que en él se producen con motivo de las numerosas diligencias que se requieren llevar a cabo en la instrucción para poder resolver el conflicto planteado judicialmente, en otros países como, por ejemplo, Alemania, las autoridades policiales están facultadas en determinados casos para desalojar en tan solo 24 horas a los ocupantes ilícitos de estos inmuebles o, en el caso de Italia, es el Juzgado quien tras comprobar la propiedad del bien y la inexistencia de título por parte del ocupante puede dar orden directa e inmediata a las autoridades policiales para que sean estas quienes recuperen la posesión de los inmuebles ocupados, lo cual agiliza el proceso considerablemente.

¹⁵⁰ Así lo sostiene la Fiscalía General del Estado en su *Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles*, concretamente en las “consideraciones preliminares”

para mencionar el acto por el cual una persona de manera ilícita invade un inmueble ajeno en el que se instala a vivir.

En ese sentido, al no existir un delito como tal de “ocupación ilegal de viviendas”, cuando hablamos de esa ocupación del inmueble ajeno que se produce estamos haciendo referencia, por regla general, al ya conocido por todos, delito de allanamiento de morada, que sí se encuentra tipificado por nuestro CP en su art. 202.1 y del que ya hemos hablado en esta segunda parte del presente trabajo referida a la legítima defensa de la morada¹⁵¹.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, junto al delito de allanamiento de morada, también en el llamado delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles, tipificado por nuestro CP en su art. 245.2¹⁵², se produce esa ocupación ilícita de inmueble ajeno con el fin de convertirlo en la residencia de quien lleva a cabo la acción típica. Así, pese a tratarse de dos instrumentos de defensa penal de los que dispone el titular para la defensa de su patrimonio -concretamente para la defensa de los inmuebles de los que sea dueño- y que vienen a reforzar la protección administrativa y la tutela civil posesoria con las que ya cuenta sólo frente al delito de allanamiento de la morada cabrá apreciar la eximente del art. 20.4 CP precisamente por ser el único que supone una agresión ilegítima frente a la morada.

De la misma manera que el delito de allanamiento de morada supone la ocupación de un bien inmueble ajeno, en el delito de usurpación pacífica “la perturbación posesoria que sufre el inmueble también puede ser calificada penalmente como ocupación por deberse realizar la interpretación de la acción típica, es decir, de la ocupación desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal”¹⁵³, esto es, desde la perspectiva de la vivienda, inmueble o edificio cuya posesión se ve alterada y, como bien jurídico que es, se encuentra dotado de protección por nuestro ordenamiento. Esa vivienda, inmueble o edificio a los que se hace referencia serán entendidos como “el espacio cerrado cuyo propietario utiliza, sin desarrollar en él ningún aspecto de su intimidad personal y familiar pues, de lo contrario, estaríamos ante una morada lo que imposibilitaría poder apreciar la comisión de un delito de usurpación

¹⁵¹ Véanse pp. 38, 39, 42,48 y 50, entre otras.

¹⁵² Véase art. 245.2 CP.

¹⁵³ Véase STS 800/2014, de 12 de noviembre, ECLI:ES:TS:2014:5169.

que solo se da si no existe esa cualidad de morada- (art. 49.3.o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Se trata así de dos modalidades de ocupación no consentida de un inmueble (allanamiento y usurpación) cuya diferencia radica en el distinto objeto material sobre el que recae la acción típica o, dicho de otra forma, cuya diferencia radica en los bienes jurídicos que cada uno de estos delitos tutela y a los que se quiere dotar de esa especial protección, siendo así en el caso del delito de allanamiento de morada la intimidad del individuo y, por ello, la morada como espacio en que la misma se desarrolla, a diferencia del delito de usurpación que dota de esa protección al patrimonio inmobiliario, entendido como tal “el disfrute pacífico de los bienes inmuebles que no tengan consideración de morada, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión, el dominio o cualquier otro derecho real o personal sobre los mismos”¹⁵⁴.

Por tanto, retomando la problemática que el presente epígrafe plantea, cuando se habla del “fenómeno okupa” se hace referencia a un fenómeno que engloba ambos tipos penales -o al menos desde mi punto de vista-, pues no suele ser habitual al hablar de aquel hacer distinción alguna acerca de si el inmueble que se ve ocupado de forma ilícita tenía la consideración de morada o no. Se trata así, como ya hemos mencionado, de dos modalidades de ocupación tipificadas por nuestro CP y que constituyen las dos vías jurisdiccionales en el ámbito penal de las que disponen los legítimos propietarios de los inmuebles para tratar de recuperar aquellos que se ven inmersos en supuestos de ocupación no consentida. Sin embargo, aquí nos centraremos únicamente en el delito de allanamiento de morada por ser el único frente al cual cabe alegar legítima defensa.

5. OTROS DELITOS COMETIDOS JUNTO AL “FENÓMENO OKUPA”

No obstante lo anterior, resulta preciso señalar que, junto a los delitos de allanamiento de morada y los de usurpación pacífica de bienes inmuebles cometidos en el seno del “fenómeno okupa” y que constituyen el presupuesto fáctico que ha de concurrir de forma indispensable para que pueda hablarse de un supuesto incluido en

¹⁵⁴ Véase Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre de la Fiscalía General del Estado sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, concretamente las “consideraciones preliminares”.

aquel, el “fenómeno okupa” comprende a su vez otros delitos cuya comisión se produce con motivo o a raíz de los dos primeros delitos mencionados.

Cuando hablábamos del requisito objetivo de *la falta de provocación suficiente por parte del defensor*, mencionábamos que el delito de allanamiento de morada, como presupuesto de hecho de la eximente de legítima defensa, generalmente se cometía con un fin únicamente lucrativo y no como venganza o contestación a algún tipo de provocación que el agresor hubiera podido sufrir previamente. Ese ánimo de lucro se traduce en delitos económicos¹⁵⁵ que, en numerosas ocasiones, suelen acompañar a los delitos de allanamiento de morada que son los que realmente dan lugar a la apreciación de esta eximente. Por tanto, no resultará infrecuente que, junto al delito de allanamiento de morada concurran otros delitos de robo, hurto, etc. tipificados en los artículos 234 a 304 CP¹⁵⁶ y que, como he podido evidenciar en la jurisprudencia analizada, son castigados generalmente en concurso medial con el delito de allanamiento¹⁵⁷. Además, el Código Penal también ha previsto varios tipos agravados de delito de robo como, por ejemplo, el que tiene lugar precisamente cuando el delito de robo se comete en “casa habitada, local o edificio abiertos al público o cualquiera de sus dependencias, siempre que sea fuera de sus horas de apertura”¹⁵⁸ o el que tiene lugar cuando el robo, además de cometerse en alguno de los espacios mencionados, se lleva a cabo mediante el empleo de

¹⁵⁵ Por delitos económicos se entiende a aquellos delitos que el Código Penal ha tipificado en su *título XIII* bajo el epígrafe “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*” en los *artículos 234 a 304 CP*, ambos inclusive. Se trata de delitos que comparten un fin común: lograr un beneficio económico propio, empleando fundamentalmente para ello el engaño, en detrimento o perjuicio del patrimonio de terceros.

¹⁵⁶ Véanse *arts. 234 a 304 CP*. Véase también al respecto STS 311/2014, de 16 abril, ECLI:ES:TS:2014:1465. En ella la Sala de lo Penal falla condenando al acusado por un delito de robo con violencia en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 237, 242.1º y 2º, 16 y 61 del CP, en relación de concurso medial con un delito de allanamiento de morada.

¹⁵⁷ Véase *art. 77.1 y 3 CP*. El concurso medial tiene lugar cuando hay un sujeto infractor que comete varios delitos diferentes, siendo uno de ellos medio necesario para la comisión del otro, es decir, de no haber cometido el primero no le habría sido posible cometer el segundo. La pena que se impondrá en caso de ser apreciado por el juez un concurso medial de delitos será únicamente la pena superior del delito más grave cometido. Véase también al respecto STS 297/2007, de 13 de abril, FJ7, ECLI:ES:TS:2007:2397.

¹⁵⁸ Véase *art. 241 CP*.

violencia o intimidación en las personas¹⁵⁹ o incluso cuando aquel se lleva a cabo con fuerza en las cosas¹⁶⁰.

Además del delito de robo o el delito de hurto, que constituyen los dos delitos económicos que con mayor frecuencia tienen lugar con motivo del allanamiento de morada, también el delito de extorsión¹⁶¹ suele ser habitual en estos casos. En ese sentido, no resulta extraño ver cómo los *okupas*, aprovechándose no solo de la desesperación de los legítimos propietarios por tratar de recuperar sus inmuebles, sino también de la situación de precariedad de algunos propietarios o incluso de personas mayores, exigen el pago de importantes sumas de dinero a aquellos como condición para recuperar sus propiedades.¹⁶²

Sea cual sea el delito económico cometido e independientemente de si estos delitos han sido llevados a cabo junto al delito de allanamiento de morada por ser precisamente el fin o ánimo con que este último se comete o de si el delito de allanamiento ha sido cometido con la única intención de conseguir un lugar en que residir y como consecuencia de tal ocupación termina produciéndose uno de estos delitos, por ejemplo, cuando los *okupas* son desalojados del inmueble¹⁶³ y deciden llevarse, junto a sus pertenencias, una tele que habían encontrado en su interior cuando lo ocuparon, es una realidad el aumento producido en la incidencia de estos delitos económicos cometidos junto al delito de allanamiento de morada.

¹⁵⁹ Véanse arts. 241 y 242.2 CP, así como también *Consulta 10/1997, de 29 de octubre, sobre robos con violencia o intimidación perpetrados en morada*, concretamente “explicación de la afectación”. En dicha consulta que realiza la Fiscalía General del Estado se establece que “será compatible la condena por un delito de robo con violencia o intimidación en las personas perpetrados en morada y la derivada de un delito de allanamiento de morada, dando lugar a un concurso entre ambos delitos si se da la relación de medio a fin exigida por el art. 77 CP”. Véase también al respecto *STS 728/1999, de 6 de mayo*, FJ 2, ECLI:ES:TS:1999:3096.

¹⁶⁰ Véase art. 240 CP.

¹⁶¹ Véase art. 243 CP.

¹⁶² Véase *STS 370/2003, de 15 de marzo*, ECLI:ES:TS:2003:1778. En ella, la Sala de lo Penal desestima el recurso interpuesto por el acusado, quien termina siendo condenado por un delito de extorsión y un delito de allanamiento de morada, tras haber entrado varias veces y sin permiso alguno a casa de su vecina (expareja del acusado), con intención de que la misma le pagase importantes sumas de dinero, aprovechándose así de la angustia y el temor generados por la situación en la vecina, o de lo contrario no solo amenazaba con no irse de su casa, sino también con matarla.

¹⁶³ Suele ser en este momento en el que los legítimos propietarios de los inmuebles que habían sido ocupados ilícitamente, tras recuperar sus propiedades, toman conciencia de haber sido víctimas no solo de un delito de allanamiento, sino también de un delito económico, como robo o hurto, en su mayoría.

Junto a los anteriores, el delito de allanamiento de morada, como parte del fenómeno okupa, también puede traer consigo la comisión de otros delitos, en ocasiones de consideración más grave. La comisión de estos delitos de mayor gravedad -también de menor incidencia que los delitos económicos- ocasiona que el delito de allanamiento pase a un segundo plano -que no absorción¹⁶⁴- . Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que los asaltantes tras invadir la casa y fruto de un forcejeo con los moradores o legítimos propietarios de la misma terminasen cometiendo un delito de lesiones o, incluso un delito de homicidio. También podría ser que la penetración en la morada tuviese desde un primer momento la finalidad de llevar a cabo uno de esos delitos de consideración más grave contra las personas que en su interior se encontraban, si bien es cierto que no es lo que sucede en el fenómeno okupa en el que la intención de los ocupantes se encuentra lejos de ser la de lesionar o incluso matar a los legítimos propietarios.

Pese a todo lo anterior, los legítimos moradores quedarán en este caso igualmente amparados en su reacción defensiva por la legítima defensa en tanto existe una agresión ilegítima frente a la morada y, al mismo tiempo, una agresión ilegítima frente a su propia integridad física.

Concluyendo ya el presente epígrafe, nos referimos al delito de amenazas¹⁶⁵ por ser otro de los delitos que casi de forma constante acompaña al *fenómeno okupa*. Como resulta evidente, el clima que se genera ante un caso de ocupación ilegal desde luego no es agradable. Estas situaciones propician un ambiente hostil que se caracteriza por la

¹⁶⁴ La duda acerca de si puede aplicarse la absorción del allanamiento de morada en alguno de esos delitos de consideración más grave, como podría ser un delito de lesiones o un delito de homicidio, ha sido ya superada gracias a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. En ese sentido, la Sala de lo Penal del TS en su *STS 587/2020 de 6 de noviembre*, FJ2, ECLI:ES:TS:2020:3620 rechaza la posibilidad de aplicar la absorción argumentando que haría “desaparecer” un delito cometido, el del allanamiento de morada. Si bien la doctrina señala al respecto que cuando hay una conducta penal compleja, a veces queda absorbida una infracción en otra más grave que abarca la totalidad del comportamiento ilícito, la Sala de lo Penal sostiene que “no se aplica cuando hay perfecta separabilidad de hechos, es decir, cuando las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinto carácter. La absorción de delitos entre el allanamiento de morada y los cometidos con ocasión de su comisión no es posible, ya que la absorción se predica en el art. 8.3 CP cuando el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. No es posible abarcar en la tentativa de homicidio el allanamiento de morada que no se entiende consumido en el acto de intentar acabar con la vida de la víctima, sino que podría, en su caso, operar como concurso medial, lo que no tiene relevancia a efectos de las penas impuestas” (FJ2). Por ello, en caso de haber bienes jurídicos distintos se habla generalmente de concurso de delitos, siendo el más frecuente el concurso medial al servir el allanamiento de morada como medio para llevar a cabo la comisión de un delito de lesiones o un delito de homicidio. Véase también al respecto STS 286/2015, de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2015:2084.

¹⁶⁵ Véanse arts. 169 a 171 CP.

desesperación e impotencia sufridas por los propietarios de los inmuebles ocupados ante la dificultad que supone desalojar y recuperar dichos inmuebles, lo que hace sea habitual la consumación no de uno, sino de sucesivos delitos de amenazas, procedentes mayoritariamente de los okupas y dirigidas hacia los legítimos propietarios o poseedores, especialmente cuando estos últimos tratan de recuperar de una forma u otra lo que les pertenece. Son así numerosas las sentencias¹⁶⁶ que condenan este tipo de actitudes como dos delitos penalmente independientes.¹⁶⁷

En resumidas palabras, la problemática del *fenómeno okupa* no solo radica en la comisión de un delito de allanamiento de morada que, por supuesto, además de constituir el presupuesto fáctico que ha de concurrir en todo supuesto para poder considerarlo como parte en dicho fenómeno, constituye a su vez el motivo fundamental por el que este tipo de conductas se encuentran penadas de forma intransigente¹⁶⁸, sino que también reside en la comisión del resto de delitos que suelen acompañar al allanamiento de morada, bien por constituir el motivo con que este último se lleva a cabo, bien por originarse durante el transcurso de aquél, endureciendo así la situación que viven los legítimos propietarios como víctimas de todos estos delitos.

¹⁶⁶ Véanse al respecto *STS 667/2008, de 5 de noviembre*, ECLI:ES:TS:2008:6095; *STS 520/2017, de 6 de julio*, ECLI:ES:TS:2017:2751.

¹⁶⁷ Así lo refleja la *STS 2751/2017, de 6 de julio*, ECLI:ES:TS:2017:2751, en cuyo FJ 4 argumenta que, pese a ser las amenazas cualificadoras del subtipo agravado del art. 202.2 CP, la estimación del delito de amenazas como delito independiente no supondría la infracción del principio *non bis in idem* y, por ello, los delitos de amenazas no condicionales no deben quedar absorbidos por el delito de allanamiento agravado. De esta forma, a diferencia de la asimilación que se hace en el motivo del supuesto de robo con intimidación y las amenazas, pues en el delito de robo con intimidación, esta es un elemento típico, de modo que consistiendo la intimidación en el empleo de una amenaza de un mal inminente y grave, esta amenaza vertida en el momento de la comisión del ilícito quedaría absorbida en el precepto principal, en el delito de allanamiento de morada no ocurre lo mismo ya que el empleo de la violencia o intimidación, artículo 202.2, constituye un subtipo agravado en relación al tipo básico del apartado 1º. Ello implica que en aquellos casos en que existiera un doble gravamen porque la amenaza, penada como delito independiente, sirviera a su vez para configurar el subtipo agravado, la solución sería re conducir el allanamiento al tipo genérico del artículo 202.1, pero manteniendo la condena por el delito de amenazas". En ese mismo sentido véanse también *STS 179/2007, de 7 marzo*, ECLI:ES:TS:2007:1976 transcrita en parte en el recurso anterior y *STS 667/2008, de 5 de noviembre*, ECLI:ES:TS:2008:6095.

¹⁶⁸ Como ya explicamos anteriormente, es el deseo de proteger el derecho a la intimidad, como derecho fundamental del art. 18 CE, lo que lleva al legislador a reforzar la protección concedida a la morada, también en los supuestos de *fenómeno okupa* en los que se lleva a cabo ese delito de allanamiento de morada, por ser la morada el espacio en que dicha intimidad se desarrolla.

IV. EL FENÓMENO OKUPA EN RELACIÓN CON LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LA MORADA. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Centrándonos ya en este punto en el tratamiento que la jurisprudencia, en relación con la eximente de legítima defensa de la morada, ha dado al fenómeno okupa nos encargaremos aquí de desmontar los diferentes argumentos en que los ilícitos ocupantes de los inmuebles allanados, generalmente como parte acusada, aunque también en ocasiones como parte denunciante, hacen descansar su defensa ante los tribunales.

Así, siguiendo los argumentos sostenidos por la parte acusada en su defensa cabe cuestionarnos: ¿cómo es posible que los “okupas” puedan alegar estar en el ejercicio de un derecho como es el de la vivienda digna del art. 47 CE al momento de cometer el delito de allanamiento de morada con el fin de que aquel sirva de causa de justificación de su conducta?¹⁶⁹ En efecto, resulta descabellado pensar que alguien que comete un delito de allanamiento de morada, privando así a sus legítimos propietarios del espacio en que los mismos desarrollaban su esfera de privacidad e intimidad, pueda luego alegar su derecho a una vivienda digna frente a los mismos o, incluso, obrar en legítima defensa de la morada fundada en su derecho a la inviolabilidad del domicilio, domicilio que han hecho suyo de forma ilícita. Son diversas las cuestiones que se nos vienen a la mente cuando pensamos en este tipo de situaciones: ¿se les reconoce verdaderamente ese derecho a una vivienda digna a todos los okupas? y, en caso de sopesar en una balanza todos los derechos enfrentados en esos supuestos de “okupación”, esto es, en caso de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad con base en el principio del interés preponderante, ¿pesaría más el derecho de los okupas a una vivienda digna que el derecho a la intimidad, el derecho a la propiedad privada y el propio derecho de los legítimos propietarios a una vivienda digna, derechos todos ellos que se ven lesionados en este tipo de situaciones? La respuesta a todas estas preguntas parece obvia, sin embargo, no lo es.

La estimación de una causa de justificación, como ya vimos, supone la exclusión de la antijuridicidad del hecho típico llevado a cabo, de forma que la conducta en un primer momento antijurídica, pero posteriormente justificada pasa a ser considerada conforme a derecho. Si aplicamos esto mismo en el marco de las “okupaciones” nos encontramos ante el supuesto de que, en la mayoría de casos, la actuación ilegítima

¹⁶⁹ Véase art. 20.7 CP. En dicho artículo se reconoce como causa de justificación el ejercicio de un derecho, siendo en este caso el derecho a una vivienda digna.

llevada a cabo por los okupas se vería justificada, no pudiendo ser castigada y ello debido a que rara vez el delito de allanamiento de morada que tiene lugar en el seno de este fenómeno se comete con un fin distinto al de conseguir, ante la situación de precariedad de los mismos, de un espacio digno en el que vivir, lo que les lleva a alegar como causa de justificación de su conducta estar en el ejercicio de un derecho¹⁷⁰ como es el derecho a una vivienda digna del art. 47 CE.

Pero, entonces, si esto fuera así, ¿qué pasaría con todos esos derechos que los legítimos propietarios ven lesionados? ¿quién se ocuparía de resarcirles por los daños sufridos?. Pues bien, para algunos autores como HERRANZ CASTILLO, R.¹⁷¹, el conflicto entre derechos que se produce en estas situaciones deberán valorarse y resolverse atendiendo al derecho constitucional de los okupas a una vivienda digna y ello precisamente por tener la consideración de norma preferente en nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, señala que en aquellos casos de ocupación de inmuebles que se encuentren vacíos “la discusión sobre el conflicto de derechos 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 del derecho constitucional a una vivienda digna entendido como norma jurídica preferente de nuestro ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, pese al problema de fijación de contenido, alcance y eficacia del derecho constitucional a una vivienda digna sostenido por dicho autor, resulta evidente la configuración y consiguiente limitación llevada a cabo por el legislador de este derecho, al menos en lo que a su acceso respecta, a aquellas personas en situación de precariedad que carezcan de medios propios para hacerlo efectivo¹⁷². Es así como, desde un primer momento, quedarán excluidos de la posibilidad de alegar estar en ejercicio de su derecho a una vivienda digna al momento de cometer la conducta antijurídica de allanamiento de

¹⁷⁰ Véase art. 20.7 CP. El mismo dispone que estará exento de responsabilidad criminal "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

¹⁷¹ Véase HERRANZ CASTILLO, R., *Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 435, 2000, pp. 1-5.

¹⁷² El reconocimiento de este derecho únicamente a aquellas personas que por sus propios medios no puedan acceder a una vivienda digna es una realidad que puede verse releyada tanto a nivel autonómico, por ejemplo, en la *LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña* (concretamente en su artículo 26), como a nivel estatal mediante el *Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo*.

morada todos aquellos okupas que no tuviesen una necesidad real de vivienda y, por tanto, todo supuesto de “okupación” que se hubiera producido por otro motivo, por ejemplo, a modo de reivindicación contra la situación de crisis socioeconómica existente en nuestro país que dificulta el poder acceder a una vivienda digna.

Por otra parte, también hay quienes declinan esa posibilidad de alegar estar en ejercicio del derecho a una vivienda digna como causa de justificación de la conducta antijurídica (el allanamiento) incluso en aquellos casos en que los okupas se encuentren en situación de necesidad, argumentando que dicha situación de necesidad no puede bastar para que la lesión a los derechos de los legítimos propietarios, quienes a diferencia de los anteriores no han cometido una conducta antijurídica, quede justificada.

Tratando de acabar con la duda existente al respecto, tras un análisis de la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional, cabe destacar la STC 32/2019, de 28 de febrero¹⁷³, entre otras, que viene a resolver un recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas -ley que en el siguiente epígrafe trataremos- con motivo de una supuesta vulneración que las modificaciones introducidas por aquella suponen del derecho de inviolabilidad del domicilio (Art. 18.2 CE¹⁷⁴), en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE¹⁷⁵) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE¹⁷⁶).

Así pues, en lo que respecta al derecho de disfrutar de una vivienda digna, el TC sostiene que “no se trata de un derecho subjetivo exigible, sino un mandato constitucional programático” que cuenta con la protección dispensada por el art. 53.5 CE¹⁷⁷. En tal

¹⁷³ Véase *STC 32/2019, de 28 de febrero*, ECLI:ES:TC:2019:32; concretamente en “Antecedentes” y FJ 6. El recurso a la totalidad de la Ley fue promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos En Marea en el Congreso de los Diputados.

¹⁷⁴ Véase art. 18.2 CE.

¹⁷⁵ Véase art. 24.1 CE.

¹⁷⁶ Véase art. 47 CE.

¹⁷⁷ Esta ha sido la tesis sostenida por el sector doctrinal y jurisprudencial tradicional. No obstante, frente a la misma, autores como LÓPEZ RAMÓN, F., así como las nuevas regulaciones que, tanto a nivel autonómico que se están desarrollando, defienden la configuración de aquel como derecho subjetivo que crea una situación de poder individual, susceptible de tutela judicial. Véanse, en ese sentido, por todas, *ATC 223/2005, de 24 de mayo*, AD3, ECLI:ES:TC:2005:223A como parte del sector tradicional. En contraposición, véanse LOPEZ RAMÓN, F. «El derecho subjetivo a la vivienda», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, núm. 102, pp. 49-91. Disponible en internet: <http://Dialnet-ElDerechoSubjetivoALaVivienda-4916270.pdf>; *LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña; Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo*.

sentido, el tribunal trae a colación el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015¹⁷⁸, que “afirma de forma tajante que el art. 34.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 del TFUE”. En lo que respecta a la legislación nacional sostiene que también el art. 47 CE lo que hace es enunciar “un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias” y no reconocer un derecho fundamental y, finalmente, concluye afirmando que “la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni encuentra tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)”.

En ese mismo sentido se pronuncia el tribunal en ATC 223/2005, de 24 de mayo¹⁷⁹ donde señala que “el derecho a una vivienda digna, incluido entre «los principios rectores de la política social y económica», no genera por sí solo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación de los poderes públicos para que faciliten dicho disfrute dentro de las posibilidades económicas” y en ATC 24/2005, de 18 de enero¹⁸⁰ donde hace depender la determinación de la existencia de una vulneración o no de este derecho de un juicio de relevancia.

De esta forma, sintetizando lo expuesto, podrá decirse que los okupas no podrán alegar estar en ejercicio de este derecho como causa de justificación de su conducta frente a los legítimos propietarios de los inmuebles ocupados ilícitamente pues no se trata de un derecho fundamental, como derecho subjetivo exigible, del que puedan disponer y, por ello, no generará por sí solo un derecho susceptible de reclamación.

Esa misma imposibilidad de los okupas de alegar encontrarse en ejercicio de un derecho como causa de justificación de su conducta cabría señalarse si el derecho

¹⁷⁸ Véase *ATJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2015*, asunto C-539/14; ECLI:EU:C:2015:508; concretamente en “Sobre la cuestión prejudicial” punto 49.

¹⁷⁹ Véase *ATC 223/2005, de 24 de mayo*, AD 3, ECLI:ES:TC:2005:223A.

¹⁸⁰ Véase *ATC 24/2005, de 18 de enero*, FJ 4, ECLI:ES:TC:2005:24A. En dicho auto, frente al motivo alegado de incumplimiento por parte de los poderes públicos del art. 47 CE en tanto “la aplicación de la ley, lejos de favorecer el acceso a la vivienda no agravando la carga impositiva que sobre esta pesa, la incrementa mediante la aplicación de un tributo sobre el prestatario (...)", el TC estima que “esta vulneración no supera el juicio de relevancia, al ser ajena con el problema suscitado en el proceso a quo. (...) En consecuencia, el problema planteado no puede ser analizado desde la perspectiva del acceso a una vivienda digna del art. 47 CE.”

invocado por estos fuera el derecho a la inviolabilidad del domicilio contemplado en el art. 18.2 CE. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que, tras haber llevado a cabo los okupas el allanamiento o usurpación de un inmueble hubiesen acudido al Ayuntamiento del municipio donde el mismo se ubicaba para empadronarse en él y así hacer constar dicho inmueble como su domicilio.

Frente a estos casos tampoco será posible alegar ese derecho ya que, como ha sido sostenido por reiterada jurisprudencia: STS 731/2013, de 7 de octubre¹⁸¹, entre otras¹⁸², «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental». Junto a ello, el TC añade en su STC 160/1991, de 18 de julio¹⁸³, que “el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás”.

Por ende, al no llevarse a cabo un ejercicio “legítimo” de ese derecho, lo cual constituye requisito necesario de la mencionada eximente, no será posible que la misma opere como causa de justificación de la conducta ilícita de ocupación llevada a cabo por los okupas.

Lo mismo sucede cuando los okupas dicen encontrarse amparados por la eximente de legítima defensa de la morada en su actuación contra los legítimos propietarios de los inmuebles, a quienes acusan de un delito de allanamiento de morada cuando, por ejemplo, dichos propietarios, en un intento de recuperar su legítima propiedad y desalojar a los okupas, son pillados tratando de entrar al inmueble a través de una ventana, momento en el cual, a fin de evitar que se produzca la efectiva entrada de aquellos en esta, los okupas deciden iniciar un forcejeo contra ellos, que culmina con la lesión de uno de los propietarios. Se plantea así una situación que resulta -cuanto menos- paradójica.¹⁸⁴

Pese a ello, de manera análoga a lo que sucedía en el caso de que los okupas alegasen encontrarse en ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio como causa

¹⁸¹ Véase *STS 731/2013, de 7 de octubre*, FJ 4; ECLI:ES:TS:2013:5271.

¹⁸² También en *STS 1108/1999, de 6 de septiembre*, ECLI:ES:TS:1999:5518; *STC 94/1999, de 31 de mayo*, ECLI:ES:TC:1999:94; *STC 283/2000, de 27 de noviembre*, ECLI:ES:TC:2000:283.

¹⁸³ Véase *STC 160/1991, de 18 de julio*, FJ 11, ECLI:ES:TC:1991:160.

¹⁸⁴ Paradójica en cuanto supondría aceptar que se puede alegar legítima defensa de la morada por quien, en un primer momento, habría sido quien hubiese llevado a cabo la agresión frente a la misma.

de justificación de su conducta, ha sido reiterada jurisprudencia la que, tratando de establecer una definición del concepto de morada, ha dejado fuera al colectivo okupa también de esa posibilidad de alegar legítima defensa de la morada. Ello se debe a que, tal y como se refleja, entre otras, en STS 3620/2020, de 6 de noviembre¹⁸⁵, nuestro alto tribunal sostiene un concepto amplio de morada de forma que se incluye en él “cualquier espacio cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurra la vida privada de una persona o conjunto de ellas”, lo que supone que, al no cumplirse ese requisito de “ocupación legítima” al que hace referencia y que caracteriza también a dicho concepto -lo mismo sucedía con el concepto de domicilio pues, a estos efectos, morada y domicilio se identifican¹⁸⁶-, el espacio en que los okupas habitan no podrá adquirir la consideración de tal.

De esta forma, no será posible apreciar la concurrencia de la eximente de legítima defensa de la morada que fundamentalmente la actuación de los okupas, quienes quedarán excluidos a su vez del ámbito de protección del tipo del allanamiento de morada del que acusa a los legítimos propietarios y frente al cual tratan de alegar esa causa de justificación, así como tampoco será posible que dicho colectivo se acoja en su defensa al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio contemplado en el art. 18.2 CE.

De hecho, conviene subrayar que, aun en el caso de que el morador legítimo irrumpiera en su vivienda y en el desarrollo de esa acción concurriese violencia o intimidación frente a los okupas o fuerza en las cosas, el delito que el morador estaría cometiendo tampoco sería el de allanamiento de morada, sino en su caso, el delito de realización arbitraria del propio derecho¹⁸⁷ -incurriendo así en las llamadas “vías de hecho”¹⁸⁸ -que, además, podría incluso quedar justificado por la existencia de legítima

¹⁸⁵ Véase STS 3620/2020, de 6 de noviembre, FJ2, ECLI: ES:TS:2020:3620..

¹⁸⁶ Así lo establece el Tribunal Supremo en su STS 3620/2020, de 6 de noviembre, FJ2; ECLI: ES:TS:2020:3620.

¹⁸⁷ Véase art. 455 CP. La realización arbitraria de un derecho o la realización de las vías de hecho es lo que comúnmente se conoce como “tomarse la justicia por su mano” y consiste en que el autor, en este caso el morador o propietario legítimo, aun disponiendo de un derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como de un derecho a la propiedad privada y un derecho a la intimidad, decide actuar fuera de las vías legales establecidas frente a los casos de okupación tratando de recuperar esa vivienda por sus propios medios.

¹⁸⁸ Si bien es un término empleado en el ámbito administrativo, entendiéndose como tal a “la actuación de la Administración realizada sin competencia o prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido” dicho término también es utilizado en Derecho Penal para hacer referencia a cuando un sujeto incurre o puede incurrir en la comisión de un delito por llevar a cabo determinadas acciones sin respetar el procedimiento legalmente establecido para ello. Esto sucedería en caso de que los legítimos propietarios decidiesen forzar la cerradura de su inmueble previamente okupado sin esperar a que el juez dicte auto estimando el desalojo de los okupas. Véase al respecto Real Academia Española - RAE. (s. f.). *vía de hecho*.

defensa, si bien se atenderá a la racionalidad del medio empleado por el propietario en la defensa por él llevada a cabo para determinar si dicha eximente se aplicará en su modalidad completa o incompleta.

En ese sentido, como partidaria de un uso racional y proporcional de la fuerza empleada por los legítimos propietarios de los inmuebles okupados para tratar de recuperar los mismos -proporcional a la fuerza que, en un primer momento, los okupas ejercieron sobre el inmueble (cerradura, ventana, etc.) para poder acceder a él o proporcional a la violencia o intimidación que emplearon contra los legítimos propietarios para impedir que accediesen de nuevo a ella- considero que tanto el delito de coacciones, como el delito de amenazas e incluso el de lesiones, que podrían conllevar la incurrencia de los propietarios en esas “vías de hecho”, podrían encontrar aquí cierta justificación, vuelvo a repetir, siempre que el uso que se hiciese de la fuerza o violencia e/o intimidación fuese un uso proporcional y razonado.

A tal respecto se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en su AAP B 24/2022, de 27 de enero¹⁸⁹, en el que se acusa al propietario del inmueble de un delito de allanamiento de morada y un delito de realización arbitraria. La Audiencia expone que

“la entrada en la morada, siendo que el mayor desvalor de la acción no queda absorbida o consumida en el menor desvalor del delito de realización arbitraria, ni ambos se encuentran en relación de especialidad por cuando el primero es un delito contra la intimidad de la que se deriva el derecho a la inviolabilidad del domicilio, mientras que el segundo es un delito contra la administración de justicia, y al no poderse resolver el concurso de normas mediante el principio de especialidad, de subsidiariedad ni de consunción, el concurso aparente de normas penales deberá resolverse conforme al art. 8.4a CP, al ser el primer precepto penal más grave que deberá excluir al más leve”.

La STS 2751/2017, de 6 de julio¹⁹⁰, en relación al delito de realización arbitraria declara

“En cuanto a la diferencia con otras figuras delictivas, deriva del propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto que determina la eliminación del ánimo de lucro y la aplicación de la figura delictiva del robo, o en su caso de amenazas, coacciones o extorsión, frente a las que debe entenderse que integran Ley especial,(...) en esta figura delictiva no está previsto ningún elemento subjetivo del injusto. En estos casos, (...) las figuras delictivas de amenazas situaciones (artículo 169 y 172 CP) ya no serán aplicables cuando la violencia, la intimidación, la fuerza en las cosas o la amenaza

Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española.
<https://dpej.rae.es/lema/v%C3%ADA-de-hecho>.

¹⁸⁹ Véase AAP B 24/2022, de 27 de enero; RJ 2, ECLI:ES:APBU:2021:725A.

¹⁹⁰ Véase STS 2751/2017, de 6 de julio, FJ 3, ECLI:ES:TS:2017:2751.

se empleen para la realización de derechos propios, pero que incidirán en el delito del artículo 455 CP , cuando se recurra a esos medios violentos, y se deje de acceder a medios legalmente establecidos, aceptables en el sistema jurídico”.

Se evidencia así la configuración llevada a cabo por la jurisprudencia del tipo de realización arbitraria del art. 455 CP, diferenciándolo así de otros delitos como el de coacciones, amenazas o extorsión, por ejemplo, e impidiendo, por tanto, que estas últimas figuras delictivas sean aplicables cuando la violencia, la intimidación, la fuerza en las cosas o la amenaza se empleen para la realización de derechos propios, esto es, con el propósito de realizar un derecho propio -prescindiendo del proceso como forma de solución de conflictos, para tomarse violentamente la justicia por su mano en contra de la Administración de Justicia- y no con el ánimo típico de cada una de ellas.

Como partidaria también de esta postura se encuentra CARUSO FONTÁN. V.,¹⁹¹ quien defiende, además, la imposibilidad de los okupas de alegar en su defensa el haber sido víctimas de un delito de coacciones cualificado del art. 173.1 CP¹⁹² por parte de los legítimos propietarios de los inmuebles que, en un intento de recuperar sus propiedades, tratan de impedir el disfrute de la vivienda por parte de los okupas, por ejemplo, cortando los suministros de agua y electricidad, pues es en el propio precepto donde se establece que la coacción -se habla de “actos hostiles o humillantes”- ejercida deberá tener por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda y, por lo tanto, el término “legítimo” deja ya fuera del ámbito de protección concedido por el tipo al colectivo okupa.

En ese sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su SAP B 2343/2020, de 20 de octubre de 2020¹⁹³ al establecer

“El delito de coacciones es un delito contra la libertad, en cuanto ésta es en definitiva el objeto de protección, que supone un constreñimiento antijurídico a un hacer, tolerar u omitir que no sea constitutivo de amenazas condicionales o de robo. Para su configuración se hace preciso: 1º) Una actuación o conducta violenta de contenido material, vis física, o intimidativa, vis compulsiva, ejercida contra el sujeto pasivo, bien de modo directo o indirecto a través de terceras personas o incluso a través de las cosas. 2º) Tal modus operandi se dirige como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo

¹⁹¹ CARUSO FONTÁN. V., «La protección penal del “legítimo disfrute de la vivienda”. Ámbito de aplicación de las nuevas figuras delictivas», en *Análisis de las reformas penales: presente y futuro* (Dir. Francisco Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, 2015, p.76.

¹⁹² Veáse *art. 173.1 CP*, párrafo tercero, que dice así: “Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

¹⁹³ Véase SAP B 2343/2020, de 20 de octubre de 2020, FJ1, ECLI:ES:APB:2020:1343. Véase a tal respecto también SAP L 704/2019, de 30 de julio, EJ3, ECLI:ES:APL:2019:704.

que no se quiera, sea justo o injusto. 3º) La conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para constituir delito. 4º) Debe existir un «animus» tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena. 5º) La ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y jurídica que preside o debe regular la actividad del agente...”.

Advertimos así cómo, en virtud de la configuración que nuestros tribunales hacen del delito de coacciones, el corte de suministro de los servicios esenciales -siempre que no se estuviera legítimamente autorizado para ello¹⁹⁴-, así como el forcejeo de una cerradura son conductas que podrían tener encaje en dicho tipo penal al suponer ambas el ejercicio de una violencia física ejercida sobre las cosas¹⁹⁵ y tener como finalidad obligar a los okupas a cesar en la ocupación ilegal que llevan a cabo, lo que, en cierta manera, implica una limitación o impedimento para el desarrollo de su libertad.

Por todo ello, habiéndose desestimado la práctica totalidad de los motivos que los okupas suelen emplear en su defensa ante un supuesto de allanamiento o usurpación cometidos en el seno del fenómeno okupa, deberá fallarse condenando a los mismos por la comisión de estos tipos penales, con la consiguiente exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito siempre que el sujeto pasivo hubiera sufrido daños y perjuicios derivados del mismo, en cuyo caso podrá elegir si exigir esta por vía penal o por vía civil. Dicha responsabilidad civil incluirá: restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales, así y como establece el art. 110 CP, lo que en el caso concreto se traducirá en la restitución del inmueble a sus legítimos propietarios con abono de todos los deterioros y mermas causados al mismo y que serán determinados por el juez¹⁹⁶, la reparación del daño causado¹⁹⁷ y la indemnización por los perjuicios materiales y morales que los legítimos propietarios, sus familias o terceros hubieran podido sufrir¹⁹⁸.

Dejaremos para otro momento el debate acerca de la imposibilidad de los okupas de hacer frente al pago de dichas responsabilidades derivadas del delito, declarándose

¹⁹⁴ No constituirá, por el contrario, delito de coacciones en caso de que el bloqueo o corte del suministro se deba a un expediente de suspensión del servicio por impago. En este caso, el requisito de la ilicitud del acto no existiría y, por tanto, no podría darse un delito de coacciones.

¹⁹⁵ Es el propio art. 172.3 CP el que contempla la posibilidad de que el delito de coacciones se lleve a cabo mediante el empleo de fuerza sobre las cosas.

¹⁹⁶ Véase art. 111 CP.

¹⁹⁷ Véase art. 112 CP.

¹⁹⁸ Véase art. 113 CP.

insolventes y terminando así el propietario cargando no solo con el infierno sufrido con la okupación y el proceso judicial suscitado, sino también con la reforma del inmueble y las costas procesales derivadas del mismo.

V. VÍAS LEGALES Y QUIZÁS “NO TAN LEGALES” CONTRA LOS SUPUESTOS DE “OKUPACIÓN”

A modo de cierre del presente trabajo y por considerarlo un tema de suficiente trascendencia, se encuentra el punto relativo a las diferentes vías de las que disponen los legítimos propietarios de los inmuebles ocupados ilícitamente para acabar con esa agresión que se comete frente a su morada y, con ella, frente a su derecho a la intimidad, entre otros. Hablaremos también, en ese sentido, de los diferentes trámites que habrán de seguirse en cada una de ellas, así como de las actuaciones llevadas a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las autoridades judiciales y otros sujetos que pudieran intervenir.

En lo relativo a la actuación llevada a cabo tanto por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en adelante, FCSE, como por las autoridades judiciales ante un supuesto de allanamiento de morada cometido en el seno del fenómeno okupa -como ya vimos, también podía darse un supuesto de usurpación en el seno de dicho fenómeno, sin embargo, frente al mismo no podría alegarse por parte de los legítimos propietarios en su actuación la eximente de legítima defensa y, por ello, considero oportuno que, en lo que respecta también a este epígrafe, centremos nuestra atención en aquellos supuestos de ocupación que tienen lugar mediante la comisión de un delito de allanamiento de morada-, cabe señalar, en primer lugar, por ser un tema no exento de debate¹⁹⁹, la posibilidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de llevar a cabo la detención inmediata de aquellos sujetos que lleven a cabo la comisión de un delito de allanamiento de morada.

¹⁹⁹ Existe la creencia generalizada de que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado disponen de un plazo de 24/48 horas desde que tiene lugar la entrada indebida de los okupas en el inmueble para poder llevar a cabo su detención o desalojo, transcurrido el cual desaparece esa posibilidad debiendo los legítimos propietarios acudir entonces a los juzgados para solucionar el problema. Se trata de una creencia errónea e infundada, pues no existe texto legal que disponga, en relación con la ocupación ilegal, ningún criterio o protocolo que deba seguirse en dicho plazo. Ello no obsta para que, en caso de que los ocupantes presentaran algún documento que acredite su titularidad o, simplemente, demostrase que habitan en dicho inmueble deba ser la autoridad judicial la que tenga que entrar a valorar su legitimidad, no pudiendo entonces ya los agentes policiales llevar a cabo ese desalojo o detención de los ocupantes *motu proprio*.

Como ya se explicó al comienzo del presente trabajo, el hecho de que el delito cometido en el seno del fenómeno okupa sea un delito permanente origina que la situación antijurídica creada por este perdure en el tiempo en tanto no se produzca el efectivo desalojo de los okupas que pondrá fin al mismo. Ello provoca, a su vez, que tanto el carácter actual de la agresión ilegítima frente a la morada como el requisito de la necesidad de defensa subsistan durante todo este periodo que abarca desde que se considera consumado el delito, esto es, desde el momento en que tiene lugar la entrada indebida de los okupas, hasta el momento en que concluye la agresión al bien jurídico, es decir, el momento en que los okupas abandonan el inmueble. Recordemos, a su vez, que esa necesidad de defensa tampoco desaparecía en el caso de que los legítimos propietarios, cuyos bienes jurídicos se ven lesionados, decidiesen pedir auxilio, por ejemplo, a terceros o a los agentes de las FCSE para que fuesen estos los que actuaran frente a aquellos.²⁰⁰

Pues bien, así y como opina DE LA MATA, N. J.²⁰¹, esas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a las que hacíamos mención se encuentran facultadas -más que facultadas cabría decirse obligadas- para llevar a cabo la detención inmediata de quienes han cometido esa agresión antijurídica frente a la morada. Es el art. 492.1 LECrim el que establece que “la Autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener a cualquiera que se halle en alguno de los casos del art. 490”, siendo uno de estos casos el delincuente que comete un delito, siempre que lo sea “*in fraganti*”²⁰², pues precisamente lo que sucede en el caso del allanamiento de morada es que el requisito de flagrancia, exigido en la comisión del delito para facultar así a las FCSE a llevar a cabo la detención de manera inmediata sin requerir de un auto judicial previo que lo autorice, estará presente en tanto no se ponga fin al allanamiento por ser un delito permanente y, por tanto, considerarse que la agresión ilegítima cometida en él perdura durante todo ese tiempo.

²⁰⁰ Véanse pp. 27 y 44.

²⁰¹ Véase al respecto Herrera, E. (2020, 31 agosto). *La falsa alarma de las okupaciones: la ley ya garantiza el desalojo exprés en los «allanamientos» de la residencia habitual y segunda vivienda*. ElDiario.es. https://www.eldiario.es/politica/falsa-alarma-okupaciones-ley-garantiza-desalojo-expres-allanamientos-residencia-habitual-segunda-vivienda_1_6187271.html. En dicho artículo se puede apreciar cómo el catedrático de Derecho Penal, Norberto Javier de la Mata, sostiene la inexistencia de ningún plazo al que deban ceñirse las FCSE para llevar a cabo su actuación, así como de la obligación que tienen de actuar de forma inmediata ante un supuesto de ocupación ilegal.

²⁰² Véanse arts. 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrim, ambos en su apartado primero. A diferencia de lo que el legislador ha pretendido en el art. 490 LECrim que es la configuración de un derecho que se reconocer a cualquier persona que se encuentre en una de las situaciones que en él se contemplan, en el art. 492 lo que el legislador hace es imponer una obligación de detención a las autoridades policiales, también para cuando se encuentren en alguna de las situaciones descritas por él.

Ese mismo requisito de flagrancia delictiva que se exige para el caso de que los agentes, por propia autoridad, lleven a cabo la detención de los okupas sin tener que requerir de autorización judicial previa, será exigido también para posibilitar la adopción de la medida de desalojo de los ocupantes igualmente por propia autoridad de los agentes actuantes y sin necesidad de actuación judicial previa alguna para ello²⁰³. Además, cabe señalar que en ninguno de los dos casos -la detención y el desalojo- “la concurrencia de esa flagrancia delictiva, como elemento para la perfección del delito de allanamiento, deberá vincularse a la superación o no de plazo temporal alguno”²⁰⁴ -precisamente por ser un delito permanente en que la agresión antijurídica se mantiene en el tiempo-, pudiendo por ello los agentes llevar a cabo tanto el desalojo como la detención de forma inmediata desde que tengan conocimiento de la comisión del delito y en tanto no se produzca el abandono del inmueble por los ocupantes, lo que supone, al mismo tiempo, acabar con esa creencia errónea que de forma generalizada existía -o existe todavía- entre la población acerca de la actuación de detención y desalojo por parte de las FCSE ante los supuestos de okupación, la cual se limitaba a un plazo de 24/48 horas desde que había tenido lugar la comisión del delito.

Así lo ha reflejado la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) en la Instrucción 6/2020, por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles²⁰⁵. Esta Instrucción, que sigue los criterios impartidos por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, fue emitida por la

²⁰³ Véase Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles. En ella se establece la medida de desalojo del inmueble como posible medida cautelar a adoptar en el seno de un procedimiento penal por delitos de allanamiento o usurpación.

²⁰⁴ Véase Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles, en su apartado 4.2.1.1. “Desalojo por propia autoridad de los agentes actuantes”. En ese mismo sentido se pronuncia de la Mata, N. J. Véase al respecto Herrera, E. (2020, 31 agosto). *La falsa alarma de las okupaciones: la ley ya garantiza el desalojo exprés en los «allanamientos» de la residencia habitual y segunda vivienda*. ElDiario.es. https://www.eldiario.es/politica/falsa-alarma-okupaciones-ley-garantiza-desalojo-expres-allanamientos-residencia-habitual-segunda-vivienda_1_6187271.html.

²⁰⁵ Véase Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmuebles. Fue tras conocerse la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles cuando la SES consideró conveniente proporcionar a las FCSE de esta herramienta que sigue los criterios impartidos por la FGE en su Instrucción y se dirige a dar una respuesta a esta problemática social.

SES precisamente para proporcionar a las FCSE de una herramienta que permitiese clarificar y homogenizar su actuación ante el “fenómeno okupa” haciendo posible “dar una solución policial integral y uniforme ante las diferentes situaciones que se pudiesen plantear en este ámbito , en el marco de las atribuciones que les confiere el ordenamiento jurídico, y dentro de los principios de subordinación y coordinación de las FCSE respecto de las directrices emanadas de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal”²⁰⁶.

En definitiva, ha sido la Fiscalía la que, no solo a nivel estatal mediante la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre y la consiguiente Instrucción 6/2020 por parte de la SES arriba mencionada, sino también a nivel autonómico en ciertas comunidades²⁰⁷, ha legitimado esa actuación por propia autoridad de las FCSE, esto es, prescindiendo de autorización judicial previa para la adopción de medidas tales como el desalojo o detención de los ocupantes del inmueble, reconociendo así esa capacidad de actuación inmediata a las FCSE desde que las mismas tuvieran conocimiento de la comisión de un delito de allanamiento o usurpación mediante la detención y desalojo de los agresores *in fraganti*, lo cual agilizará enormemente el proceso.

A mi parecer, el reconocimiento de esa posibilidad de actuación inmediata a los agentes de las FCSE se encuentra más que justificado ya que la demora en la adopción de las medidas necesarias para evitar que se produzca el allanamiento e incluso para impedir la comisión de otros delitos que el allanamiento pudiera llevar aparejados podría determinar la falta de éxito de dicha actuación o, incluso, la imposibilidad de llevarla a cabo y, junto a ellas, la efectiva comisión de aquellos delitos que se trataban de evitar.

Es lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de que esa demora en la actuación policial hubiera supuesto que el delincuente hubiese contactado con un cerrajero para cambiar así la cerradura de la puerta de entrada al inmueble y poder llevar a cabo sin preocupación alguna el delito de robo o hurto que pretendía o que esa demora hubiera supuesto que el okupa consiguiese que una empresa dedicada a ello le falsificara un

²⁰⁶ Véase *Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmueble*, en su exposición de motivos.

²⁰⁷ Es el caso de las Islas Baleares donde su Fiscal Superior ha dictado, a tal respecto, la *Instrucción 764/19, de 10 de junio*. Es concretamente en su apartado 3.-. “Conclusiones” donde establece: “Los cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuarán directamente y de forma inmediata sin necesidad de solicitar medidas judiciales cuando la ocupación ilegal de un inmueble revista características de delito desalojando de los ocupantes ilegales y su detención, si procede, instruyendo el correspondiente atestado (...”).

documento que acredite su titularidad sobre el inmueble que ocupa ilícitamente, lo que supondría que la actuación policial de propia autoridad ya no sería posible al deberse valorar primero en sede judicial la licitud o no de dicho documento²⁰⁸ y, por ello, debiese ser ya en este caso la autoridad judicial la que determinase la adopción de esas medidas de desalojo y/o detención y no los agentes policiales *motu proprio*, con las consecuencias que de ello se derivarían en perjuicio del propietario.

Como podemos apreciar, no solo las FCSE pueden acordar la adopción de esas medidas de detención y desalojo, sino también las autoridades judiciales que podrán adoptar, además de aquellas medidas cautelares necesarias para proteger la integridad física de la víctima en caso de que la misma se vea amenazada, todas aquellas necesarias para preservar y tutelar su morada, como bien jurídico ofendido con motivo del delito de allanamiento de morada presuntamente cometido. En ese sentido, el art. 13 LECrim establece que la detención de los presuntos responsables del delito constituye una de las primeras diligencias del procedimiento penal encaminadas a proteger a las víctimas del delito²⁰⁹. Junto a esta, existen muchas otras²¹⁰, si bien la medida cautelar por excelencia en cualquier caso de “okupación” es la medida de desalojo y restitución del inmueble que acompaña a todos estos procesos y que será solicitada ya desde un primer momento por el MF al comienzo del proceso en sede judicial, tras recibir el atestado policial que le permitirá tener conocimiento de esos hechos delictivos y siempre y cuando cuente con la información suficiente y no hubiese sido adoptada ya con anterioridad por las FCSE.

Pese a todo ello, considero que la adopción de las medidas de desalojo y detención por parte de la autoridad judicial hace que las mismas pierdan, en cierta manera, esa inmediatez o agilidad de la que hablábamos cuando las mismas eran adoptadas por los agentes policiales pues, para que estas puedan ser adoptadas ahora por la autoridad judicial, primero se habrá tenido que formular la correspondiente denuncia en sede

²⁰⁸ Así sucede en SAP 817/2020 (Sala de lo Civil), de 26 de octubre, ECLI: ES:APB:2020:10118.

²⁰⁹ Véase art. 13 LECrim, que remite a los arts. 544 bis y ter LECrim donde se establecen otras dos medidas cautelares que la autoridad judicial podrá acordar si lo estima oportuno como son la prohibición al inculpado de residir en un determinado lugar, la prohibición de acercarse a determinados lugares y personas y la prohibición de comunicación con ciertas personas que sean víctimas de un delito, en este caso, del delito de allanamiento de morada.

²¹⁰ Es la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles la que se ocupa de recoger todas aquellas medidas cautelares que son aplicables a los casos de “okupación”. También lo hace el art. 13 LECrim. Entre ellas destacan: la consignación de las pruebas del delito que pudieran desaparecer, la recogida y puesta en custodia cuanto conduzca a su comprobación, la identificación del delincuente, etc.

policial para que, posteriormente, los agentes policiales lleven a cabo el correspondiente atestado, debiendo remitir copia de aquel al Ministerio Fiscal²¹¹ quien, tras una valoración, decidirá si estima oportuno, o no, solicitar al juez la adopción de ciertas medidas cautelares²¹², siendo así el juez quien finalmente estime, o no, la petición de medidas cautelares instada por el MF y todo ello, así y como establece la Instrucción 1/2020 seguido bajo un procedimiento ante el Tribunal del Jurado²¹³, lo cual, desde mi punto de vista, conlleva que tengan lugar una instrucción y enjuiciamiento complejos, atendida la idiosincrasia del procedimiento lo que ralentiza y dificulta todavía más la resolución de estos casos y resulta contrario a la eficiencia judicial.

En definitiva, sea cual sea la autoridad encargada de acordar la adopción de estas medidas -FCSE o autoridad judicial- son varias y variadas las medidas cautelares que pueden solicitarse en el seno de un proceso penal instado con motivo de un delito de allanamiento de morada llevado a cabo por el colectivo “okupa”²¹⁴.

No obstante, existen también otras herramientas legales previstas expresamente por la legislación penal vigente²¹⁵ para luchar contra el fenómeno okupa como sería el proceso penal iniciado a consecuencia de un delito de usurpación de bienes muebles del art. 245.2 CP²¹⁶ o aquel iniciado con motivo también de un delito de allanamiento de

²¹¹ Véanse arts. 284.1 y 295.1 LECrim. De conformidad con ellos, la Policía judicial estará obligada a poner en conocimiento de la autoridad judicial o del representante del Ministerio Fiscal, en adelante, MF, de forma inmediata la existencia de un delito, público o privado, debiendo remitir así copia del atestado a la mayor brevedad posible.

²¹² Véase Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, concretamente su apartado 3 “Medidas cautelares en procedimientos penales por delitos de allanamiento de morada y usurpación”. En ella se establece paso a paso el procedimiento que habrá de seguirse ante cualquier supuesto de allanamiento de morada para la adopción de las diferentes medidas cautelares aplicables al mismo. Así el procedimiento comenzará, en la mayoría de los casos, con la formulación de la denuncia en sede policial, que desencadenará la realización por parte de la Policía judicial del atestado y su remisión al MF, la solicitud de las medidas cautelares a la autoridad judicial, la posible audiencia del investigado, etc.

²¹³ Véase art. 1.2.d de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

²¹⁴ Destaca asimismo la medida de “entrada y registro en lugar cerrado” contemplada, a su vez, en ambas Instrucciones. Véanse también, en ese sentido, arts. 545-578 LECrim.

²¹⁵ Véase al respecto Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles; Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmueble. En ambas Instrucciones se puede observar el diferente tratamiento que se da a estos tres tipos penales que pueden tener lugar en el seno del fenómeno okupa. Así, tanto la actuación de las FCSE, como la actuación de las autoridades judiciales en lo que a medidas cautelares y formas de proceder se refiere será diferente en cada caso.

²¹⁶ Véase art. 245.2 CP.

morada, pero en el que hubiese mediado violencia o intimidación y que se encuentra tipificado en el art. 203 CP²¹⁷. Todas ellas constituyen las diferentes vías en el ámbito penal de las que disponen los legítimos propietarios en la defensa de su morada o inmueble, sin embargo, no en todas ellas se podrán solicitar las mismas medidas cautelares frente a los okupas, ni tampoco la actuación policial y judicial será la misma.²¹⁸

Junto a la vía penal, los legítimos propietarios disponen también de la posibilidad de actuar ante la jurisdicción civil para hacer efectiva su defensa de la morada. No obstante, hasta antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tuvo lugar en 2018 en relación con la ocupación ilegal de viviendas, la legislación en la vía civil, si bien contemplaba varias opciones amparadas en el Código Civil (CC) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), todas ellas presentaban algún tipo de problema o limitación en su aplicación en los casos de ocupación ilegal²¹⁹.

En ese sentido, tras la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas²²⁰ se permitió la agilización de los trámites que habían de seguirse en el procedimiento de desahucio²²¹, como mecanismo de recuperación de la posesión que encuentra su fundamento en el art.

²¹⁷ Véase art. 203 CP.

²¹⁸ En ese sentido, la Secretaría de Estado de Seguridad en su exposición de motivos (*Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de inmueble*) sostiene: “Los actos objeto del presente protocolo de actuación de las FCSE ante un caso de ocupación ilegal de un inmueble encuentran, desde el punto de vista penal, respuesta diferenciada en el Código Penal (CP) en función de si se trata de un inmueble que constituya o no morada de su titular (...).”

²¹⁹ Así sucedía, por ejemplo, con el “desahucio por precario” contemplado en el art. 250.2 LEC, que planteaba un problema de inexactitud conceptual y junto a él una razonable inseguridad en lo que a la consecución de la tutela pretendida se refiere pues, para el caso concreto de la ocupación ilegal, no existe dicho precario ya que no se ha permitido ningún uso por el propietario o titular del derecho de poseer, ni ha habido una relación previa con el ocupante como podría ser un alquiler de dicho inmueble.

²²⁰ Véase Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. Dicha reforma fue llevada a cabo para acabar con la falta de mecanismos eficaces que caracterizaba la vía civil hasta entonces, tratando de dar respuestas ágiles y eficaces al creciente fenómeno de la ocupación ilegal de inmuebles.

²²¹ Véase al respecto arts. 437, 441 y 444 LEC. En ellos se desarrolla el procedimiento que habrá de seguirse en caso de solicitarse el desahucio a través de la vía civil.

441 CC²²², y ello permitió la celebración de juicios exprés, en virtud del art. 250.1.4º LEC²²³, que dio lugar a los denominados “desahucios exprés contra las ocupaciones”.

En lo que respecta al procedimiento seguido en uno de estos “desahucios exprés” cabe señalar, en primer lugar, que serán tramitados a través de un procedimiento de juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía y siempre que la demanda que pretenda la tutela sumaria de la tenencia o posesión de la vivienda ocupada ilícitamente haya sido interpuesta por quien, siendo su propietario o poseedor legítimo por otro título, hubiera sido privado de su plena posesión sin su consentimiento. Podrá solicitar también por ello la inmediata recuperación de la plena posesión de su vivienda.²²⁴

En este caso, a la demanda de recuperación de la posesión de una vivienda se deberá acompañar el título en que el legítimo poseedor como parte actora funde su derecho a poseer²²⁵. El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, y por ello será necesario que el legítimo propietario actúe con abogado y procurador. Una vez interpuesta la demanda ante el juzgado, el juez en el decreto de admisión de la demanda requerirá a la parte demandada a fin de que en el plazo de 5 días aporte algún título que le habilite a ocupar dicha vivienda y, en caso contrario, si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda dictará auto ordenando la misma, que permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el art. 548 LEC y señalando fecha y hora para la práctica del lanzamiento del desahucio²²⁶.

Se trata así de una herramienta que puede llegar a ser de gran utilidad para erradicar el problema de la ocupación ilícita de inmuebles, pues se trata de juicios mucho más rápidos y sencillos que los llevados a cabo en el ámbito penal, lo que puede resultar muy efectivo si se da una adecuada aplicación de esta por parte de las autoridades

²²² Véase art. 441 CC, a cuyo tenor: “En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho de privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”.

²²³ Véase art. 250.1.4º LEC. El legislador ha previsto en dicho precepto la facultad de solicitar la tutela sumaria de la tenencia o posesión de una vivienda por quienes siendo propietarios o poseedores legítimos por otro título se hubieran visto privados de ella sin su consentimiento, situación que será resuelta en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía.

²²⁴ Así lo establece el art. 250.1.4º LEC.

²²⁵ Así lo estima el art. 437.3.bis LEC.

²²⁶ Así lo dispone el art. 441.1.bis LEC.

judiciales -autoridades cuya actuación, en ocasiones, se ve demorada por la excesiva carga de trabajo que sufren- que pueda servir, a su vez, de alternativa a las acciones que los legítimos titulares disponen en la vía penal y que terminan suponiendo largas esperas lo que provoca un sentimiento de desesperación y frustración entre los moradores que, en muchas ocasiones, se traduce en el empleo de las denominadas “vías de hecho” que a continuación veremos, en contraposición a las vías de derecho, de tal modo que los legítimos propietarios se arriesgan a incurrir en una posible responsabilidad penal.

A fin de evitar y solucionar estas situaciones de absoluta frustración y estrés generadas entre los legítimos propietarios, se ha producido la aparición de ciertas empresas, conocidas como empresas “desokupas”²²⁷, que constituyen la tercera y última vía de la que disponen dichos propietarios -junto a la vía penal y a la vía civil-. Se trata de empresas dedicadas a la práctica de desahucios de inmuebles afectados por casos de okupación en los que generalmente se utilizan técnicas poco ortodoxas como la violencia, la fuerza, el empleo de perros adiestrados, etc., -de ahí el apodo de “vías quizás no tan legales” que he querido dar a las mismas y que el título del presente epígrafe refleja - y que, en la actualidad, constituye una de las vías a la que, con mayor asiduidad, se está empezando a recurrir.

En cuanto al *modus operandi* de este sector relativamente joven podemos afirmar que no se encuentra exento de debate pues, frente a la técnica de “mediación” defendida por este sector, como elemento básico de su actuación, destaca, al mismo tiempo, la mala fama que recibe con motivo de las prácticas agresivas que lleva a cabo y que han sido objeto de denuncias en numerosas ocasiones por las personas frente a las cuales se dirigen, quienes alegan haber sido víctimas de acoso inmobiliario, coacciones y amenazas, entre otros²²⁸. “La manera de actuar de estas empresas es siempre la misma”, así y como explica Luis, activista en favor del derecho a la vivienda de la Plataforma de

²²⁷ Entre ellas destacan “Desokupa”, Fuerakupas y Desokupa Express, que fueron las tres primeras empresas que operaban en Madrid en 2019, así y como afirma Mercedes Negro en el Periódico El País. Véase Negro, M. (2021, 12 agosto). *El número de empresas «desokupas» se desdobra desde la pandemia*. El País. <https://elpais.com/espana/madrid/2021-08-12/el-numero-de-empresas-desokupas-se-dobla-desde-la-pandemia.html>

²²⁸ Así ocurre en AAP B 580/2019, de 18 de octubre; ECLI:ES:APB:2019:9672A donde se dice: “*las controvertidas empresas privadas que se dedican a desalojar a ocupas con empleo de métodos polémicos y usualmente poco ortodoxos*”.

Afectados por la Hipoteca (PAH) de Alcorcón, en Madrid²²⁹. En primer lugar, tratan de llevar a cabo una negociación con los okupas, que en caso de que termine resultando exitosa culminará con la firma de un acuerdo de abandono en el que conste que lo hacen de forma voluntaria -generalmente a cambio de una suma de dinero previamente pactado y que dichas empresas entregan en concepto de “ayuda habitacional” o “intervención social”, cumpliéndose así con la función social de la actuación del sistema judicial-. Sin embargo, si la misma tiene como resultado la negación por parte de los okupas de abandonar el inmueble entonces dichas empresas pasarán a emplear otras técnicas como, por ejemplo, el llamado control de acceso²³⁰, valerse de un físico intimidante, cortar suministros, señalar públicamente a sus objetivos, tratar de poner en su contra a todos los vecinos, y, en definitiva, tratar de conseguir un “desgaste psicológico” de los “okupantes” que les lleve a abandonar el inmueble, lo que supondrá en muchas ocasiones estar actuando en el límite de la legalidad²³¹, debiendo por ello hilar muy fino en su proceder para no acabar incurriendo en ningún tipo de delito que los okupas puedan denunciar.

Sea cual sea el motivo que les lleva a abandonar el inmueble ilícitamente ocupado es un hecho que esta vía “no tan legal”, cuenta cada vez con más partidarios. El auge que dichas empresas están experimentando en la actualidad y, junto a él, el aumento considerable del recurso a esta vía por parte de los legítimos moradores tiene su fundamento en esa frustración existente entre los mismos y que constituye la tónica general generada por la falta de configuración de unas mecanismos legales efectivos que permitan luchar contra el fenómeno de la “okupación”, lo que en muchas ocasiones lleva a los propietarios a “tomarse la justicia por su cuenta”, esto es, a la realización arbitraria del propio derecho, tipificada como delito por el art. 455 CP²³², pudiendo llegar incluso a ser acusados por un delito de coacciones, por ejemplo, o a

²²⁹ Dicho testimonio ha sido publicado en Vázquez, D., & Franco, L. (2022, 11 mayo). *Víctimas de empresas que desalojan viviendas: «Nos dijeron que esto puede ser por las buenas. . . o por las malas»*. Público. <https://www.publico.es/sociedad/victimas-empresas-desalojan-viviendas-dijeron.html>

²³⁰ Se trata de una de las técnicas más utilizada por dichas empresas al resultar rápida y eficaz ya que es muy probable que los okupantes no se hubieran dotado con suministros suficientes para aguantar encerrados y sin salir del inmueble durante un largo periodo, lo que haría necesario una pronta salida para reponer esos suministros. Consiste en la vigilancia o, como su propio nombre indica, “control de acceso” de forma continuada para evitar que los okupantes puedan tener contacto con el exterior, de forma que, una vez producida la salida de aquellos del inmueble no puedan volver a acceder a él.

²³¹ No se considera que estas empresas sean ilegales, pues se les aplica la normativa de seguridad privada contemplada en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

²³² Véase art. 455 CP.

incurrir en cierta responsabilidad penal. Esto es lo que se conoce como “la realización de las vías de hecho” explicadas con anterioridad²³³.

En síntesis, tras el análisis de los diferentes cauces legales -y quizás “no tan legales”- de los que disponen los legítimos propietarios de los inmuebles frente a la agresión que tiene lugar hacia su morada y, con ella, a su derecho a la intimidad, podemos concluir afirmando que ninguno de ellos resulta plenamente satisfactorio, ni desde la perspectiva de los legítimos propietarios, ni tampoco desde la perspectiva del propio derecho al evidenciarse con ello una falta de cumplimiento por parte de los poderes públicos de la obligación constitucionalmente impuesta por el art. 47 CE de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y, en ese marco, preocuparse de forma particular por aquellas personas en riesgo de exclusión social llevan a cabo estos delitos de allanamiento de morada.

Probablemente el fallo radique en el incumplimiento por parte del Estado de la obligación de garantizar la función de política social que ha de seguir la actuación judicial. No obstante, lo que sí está claro es que esta nueva problemática social del fenómeno okupa a la que hemos de enfrentarnos cada vez con mayor frecuencia precisa del desarrollo de nuevos mecanismos, sea en ámbito civil o en el ámbito penal, -o, al menos, modificar los ya existentes- que permitan agilizar los trámites que han de seguirse para así conseguir un efectivo y rápido desalojo de los okupas ante cualquier supuesto cometido en el seno de dicho fenómeno y evitando que ese sentimiento de frustración generado entre los propietarios sea el predominante.

²³³ Véase p. 62.

VI. CONCLUSIONES

Recapitulando el análisis que a lo largo del presente trabajo se ha llevado a cabo acerca de la legítima defensa y, en concreto, de la legítima defensa de la morada, así como del fenómeno okupa, estrechamente relacionado con esta última, caben extraerse las siguientes conclusiones.

Por legítima defensa se entiende a aquella conducta llevada a cabo por un sujeto, que aun siendo típica queda exento de responsabilidad criminal al haber obrado en defensa de la persona o derechos propios o ajenos frente a una agresión ilegítima a los mismos y siempre que concurren ciertos requisitos. Se configura así como una causa de justificación y como tal, en aplicación del principio del interés preponderante, permite excluir la antijuridicidad de la conducta típica que pasa a ser conforme a Derecho.

El fundamento de la misma es doble. Por un lado, el aspecto individual referido a la necesidad del sujeto de defender los bienes jurídicos personales o individuales protegidos jurídicamente y puestos en peligro frente a una agresión ilegítima y, por otro, el aspecto supraindividual relativo a la necesidad de defensa del orden jurídico sustentada en la idea de que “el Derecho no debe ceder ante lo injusto”.

Es precisamente ese fundamento individual el que determina la exclusión de ciertos bienes de la protección de esta eximente, quedando amparados por ella únicamente los bienes personales o individuales. Nos centramos así en la morada y sus dependencias al ser considerados bienes jurídicos protegidos en virtud del art. 20.4 CP y entendiendo como tales “el espacio físico en el que un individuo desarrolla su esfera de intimidad personal y familiar” y “aquellos espacios delimitados y exteriores a la morada, que componen su estructura o mantienen comunicación interior con ella”, respectivamente.

La inclusión de la morada como bien jurídico defendible a través de la eximente de legítima defensa, así como la consideración del derecho a la inviolabilidad del domicilio como derecho fundamental (art. 18.2 CE) y la tipificación del delito de allanamiento de morada (art. 202 CP) reflejan un peculiar interés por parte del legislador en proteger la morada tanto desde la óptica constitucional como penal y ello por constituir el espacio en el que el individuo desarrolla su intimidad personal y familiar, siendo esta

última la que verdaderamente se ha tratado de proteger por constituir un derecho fundamental.

Una alternativa en la que queda plasmada esa lesión al derecho a la intimidad, esto es, una ocupación ilegal de ese espacio físico en el que el individuo desarrolla su esfera de intimidad personal y familiar, lo es a través del conocido por todos “fenómeno okupa”, realidad de tan notorio apogeo en la actualidad y que genera una gran preocupación e inseguridad social entre la población.

En ese sentido, como partidaria de que los legítimos propietarios puedan llevar a cabo una defensa de su morada y, con ella, de su intimidad -entendida la defensa en términos de proporcionalidad-, considero que la vulneración de la propiedad y con ella del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) -que como derecho básico, asiste a todo ciudadano-, a la vez que el derecho a la intimidad -como derecho fundamental- constituye un hecho de la suficiente entidad como para que la actuación llevada a cabo por los legítimos propietarios frente a los okupas pueda -y deba- quedar justificada por la eximente de legítima defensa de la morada.

Esa trascendental entidad de la agresión que tiene lugar con el fenómeno okupa es la que determina, al mismo tiempo, la configuración legal de diferentes vías de actuación contra los okupas y, en especial, la jurisdicción de orden jurídico-penal ante la que los legítimos propietarios podrán interponer una denuncia por delito de allanamiento de morada. Difiero así de la opinión mantenida por nuestro TC que, considerando la vía penal como “última ratio”, se muestra partidario de acudir a la vía civil en la que se ha previsto un procedimiento de desahucio exprés para este tipo de situaciones.

Junto a las anteriores, resulta preciso señalar la existencia de una tercera vía que, aunque desde un punto de vista jurídico pudiera llegar a ser cuestionada su legalidad, desde una perspectiva sociológica puede resultar de gran utilidad para los legítimos propietarios. Se trata de las llamadas empresas “desokupas”, cada vez más presentes en nuestra sociedad ante el auge que el fenómeno okupa ha experimentado. Así, pese a que en ocasiones sus prácticas han sido señaladas por situarse en el límite de la legalidad, con motivo de haber hecho un uso no medido de la fuerza, violencia o intimidación empleada, desde mi punto de vista, se trata de un instrumento en manos del legítimo propietario que

le permite materializar su derecho a la legítima defensa cuando el mismo no se vea satisfecho por los tribunales y FCSE y siempre y cuando se actúe con proporcionalidad y medida.

La aparición de esta nueva vía refleja la necesidad de proveer a la población de vías efectivas que permitan obtener una respuesta inmediata o, al menos, lo suficientemente rápida, por parte de los tribunales y FCSE ante este tipo de situaciones que permita, en primer lugar, impedir la comisión de otros ilícitos que el delito de allanamiento pudiera traer consigo, evitando así un perjuicio mayor a los legítimos propietarios y, en segundo lugar, y como resulta obvio, recuperar la posesión de la morada que se ha visto ilícitamente okupada, acabando así con esa sensación de inseguridad jurídica existente entre la población y que surge ante una cierta permisividad, en algunos casos, por parte de los poderes públicos, a la vez que ante una respuesta ralentizada de la administración en la resolución de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

CARUSO FONTÁN. V., «La protección penal del “legítimo disfrute de la vivienda”. Ámbito de aplicación de las nuevas figuras delictivas», en *Análisis de las reformas penales: presente y futuro* (Dir. Francisco Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, 2015.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito: Vol. II*, 6.^a ed., Tecnos, 2005.

FEUERBACH, en, *Lehrbuch*, 11^a ed., 1832.

HERRANZ CASTILLO, R., *Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 435, 2000.

HKRUSCHKA, J., *Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant*. Dialnet, 2004.

LÓPEZ RAMÓN, F. «El derecho subjetivo a la vivienda», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, núm. 102.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2^a ed., B de F., 2002.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, 2016.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La antijuridicidad», en *Lecciones De Derecho Penal Parte General*, 5.^a ed., Tirant Lo Blanch, 2021, p. 154.

MERA, J., CILLERO, M., COUSO, J., HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado Parte General*, Santiago, Legal Publishing, 2011.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Civitas, 1976.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «El tipo del delito de acción imprudente», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La autoría y la participación», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. et al., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del delito* (Coords: Carlos María Romero Casabona, Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Esteban Sola Reche), Comares, 2013.

SENTENCIAS

ATJUE (Sala Primera), de 16 de julio de 2015, asunto C-539/14; ECLI:EU:C:2015:508

ATC 24/2005, de 18 de enero, FJ 4, ECLI:ES:TC:2005:24A.

STC 32/2019, de 28 de febrero, ECLI:ES:TC:2019:32.

ATC 223/2005, de 24 de mayo, ECLI:ES:TC:2005:223A.

STC 94/1999 (Sala Segunda), de 31 de mayo, ECLI:ES:TC:1999:94.

STC 160/1991 , de 18 de julio, ECLI:ES:TC:1991:160.

STC 283/2000 (Sala Primera), de 27 de noviembre, ECLI:ES:TC:2000:283

STS 1482/1985 (Sala de lo Penal), de 18 de octubre, ECLI:ES:TS:1985:1332.

STS 7023/1993 (Sala de lo Penal), de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:1993:7023.

STS 670/1999 (Sala de lo Penal), de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:1999:3045.

STS 728/1999 (Sala de lo Penal), de 6 de mayo, ECLI:ES:TS:1999:3096.

STS 1108/1999 (Sala de lo Penal), de 6 de septiembre, ECLI:ES:TS:1999:5518.

STS 332/2000 (Sala de lo Penal), de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2000:1439.

STS 1380/2000 (Sala de lo Penal), de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2000:6403.

STS 74/2001 (Sala de lo Penal), de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2001:272.

STS 2189/2001(Sala de lo Penal), de 19 de marzo de 2001, ECLI:ES:TS:2001:2189.

STS 4077/2002 (Sala de lo Penal), de 5 de junio, ECLI:ES:TS:2002:4077.

STS 1630/2002 (Sala de lo Penal), de 2 de octubre, ECLI:ES:TS:2002:6392.

STS 1803/2002 (Sala de lo Penal), de 4 de noviembre, ECLI:ES:TS:2002:7291.

STS 370/2003 (Sala de lo Penal), de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2003:1778.

STS 231/2004 (Sala de lo Penal), de 26 de febrero, ECLI:ES:TS:2004:1280.

STS 444/2004 (Sala de lo Penal), de 1 de abril, ECLI:ES:TS:2004:2265.

STS 614/2004 (Sala de lo Penal), de 12 de mayo, ECLI:ES:TS:2004:3237.

STS 900/2004 (Sala de lo Penal), de 12 de julio, ECLI:ES:TS:2004:5049.

STS 7400/2004 (Sala de lo Penal), de 16 de noviembre, ECLI:ES:TS:2004:7400.

STS 470/2005, de 14 de abril, ECLI:ES:TS:2005:2270.

STS 1253/2005 (Sala de lo Penal), de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2005:6500.

STS 1172/2006 (Sala de lo Penal), de 28 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:7611.

STS 179/2007 (Sala de lo Penal), de 7 marzo, ECLI:ES:TS:2007:1976.

STS 297/2007 (Sala de lo Penal), de 13 de abril, FJ7, ECLI:ES:TS:2007:2397.

STS 646/2007 (Sala de lo Penal), de 27 de junio, ECLI:ES:TS:2007:4848.

STS 932/2007 (Sala de lo Penal), de 21 de noviembre, ECLI:ES:TS:2007:7798.

STS 667/2008 (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre, ECLI:ES:TS:2008:6095.

STS 287/2009 (Sala de lo Penal), de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:1561.

STS 1270/2009 (Sala de lo Penal), de 16 de diciembre, ECLI:ES:TS:2009:8088.

STS 1023/2010 (Sala de lo Penal), de 23 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:6555.

STS 1471/2011 (Sala de lo Penal), de 4 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1471.

STS 1354/2011 (Sala de lo Penal), de 19 de diciembre, ECLI:ES:TS:2011:9007.

STS 8274/2012 (Sala de lo Penal), de 12 de noviembre, ECLI:ES:TS:2012:8274.

STS 844/2013 (Sala de lo Penal), de 4 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:5445.

STS 731/2013 (Sala de lo Penal), de 7 de octubre, ECLI:ES:TS:2013:5271.

STS 311/2014 (Sala de lo Penal), de 16 abril, ECLI:ES:TS:2014:1465.

STS 645/2014 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre, ECLI:ES:TS:2014:4224.

STS 800/2014 (Sala de lo Penal), *de 12 de noviembre*, ECLI:ES:TS:2014:5169.

STS 286/2015 (Sala de lo Penal), de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2015:2084.

STS 972/2016 (Sala de lo Penal), de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2016:5669.

STS 205/2017 (Sala de lo Penal), *de 28 de marzo*, ECLI:ES:TS:2017:1201.

STS 520/2017 (Sala de lo Penal), de 6 de julio, ECLI:ES:TS:2017:2751.

STS 608/2019 (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre, ECLI:ES:TS:2019:3910.

STS 3620/2020 (Sala de lo Penal), de 10 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:3620.

STS 587/2020 (Sala de lo Penal), de 6 de noviembre, ES:TS:2020:3620.

STS 1021/2021 (Sala de lo Penal), de 9 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1021.

STS 1159/2021 (Sala de lo Penal), de 30 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:1159.

STS 300/2021 (Sala de lo Penal), de 8 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1374.

STS 1392/2021 (Sala de lo Penal), de 23 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1392.

AAP B 24/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:APBU:2021:725A.

SAP TF 619/2018 (Sala de lo Penal), de 11 de abril, ECLI:ES:APTF:2018:619.

SAP L 704/2019, de 30 de julio, ECLI:ES:APL:2019:704.

AAP B 580/2019, de 18 de octubre, ECLI:ES:APB:2019:9672A.

SAP B 2343/2020, de 20 de octubre de 2020, ECLI:ES:APB:2020:1343.

SAP B 817/2020, de 26 de octubre, ECLI: ES:APB:2020:10118.

SAP M 18922/2011, de 16 de diciembre, ECLI:ES:APM:2011:18922.