

ESTADO DE NECESIDAD. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL, CARÁCTER FRAGMENTARIO, APLICACIÓN SUBSIDIARIA. ULTIMA RATIO.

Es necesario aplicar el **principio de intervención mínima del Derecho Penal** dado su **carácter fragmentario y de aplicación subsidiaria**, con independencia de concurrir, el estado de necesidad cuando nos encontramos ante situaciones en las que las personas se ven obligadas a ocupar **VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL, PÚBLICAS**, que se encuentran desocupadas.

Que puede hacerse ante la desprotección que están sufriendo los ciudadanos por la inacción de la administración por no conceder un techo digno bajo el cual poder vivir. ¿Por qué siguen vacías las vivienda públicas y a los ciudadanos no se les otorga el derecho a habitar en ellas? ¿Por qué se les impone una condena adicional, además de no tener la vivienda digna, como es la de pasar por un procedimiento penal que puede conllevar su condena e, incluso, ingresar en prisión por no poder hacer frente a una multa que no se puede abonar?

No cabe duda que es una agravación de sus situaciones personales, familiares y psicológicas procuradas por la administración que no hace lo correcto.

La intervención del sistema penal sólo se encontrará justificada allí cuando las acciones civiles sean incapaces de dar una solución satisfactoria a conflictos de esta índole; las mismas medidas restitutivas que operan en el ámbito civil han sido extrapoladas a la esfera penal, en una clara muestra de la *administrativización penal* que caracteriza a la legislación criminal.

Sentado lo anterior y centrando el análisis en la noción de bien jurídico, cabe destacar que, en el delito de usurpación, el mismo redundante en el *derecho de uso y goce pacífico del inmueble*.

Por ello, cuando la acción lesiva esté dirigida a la afectación del pacífico *uso y goce* de la cosa inmueble **de manera relevante, -hecho que no se produce cuando siendo viviendas públicas y sociales muchísimas se encuentran desocupadas-**, podrá afirmarse que tal acción posee la característica de lesividad requerida por el tipo.

De más está decir que el *principio de insignificancia* adquiere –al igual que en la mayoría de los delitos contra la propiedad- un carácter fundamental, en virtud de lo cual en los casos en que la presunta lesión se caracterice por su nimiedad, mal podrá afirmarse su relevancia jurídico penal.

En el derecho español, por ejemplo, durante muchos años la ocupación pacífica de un inmueble no estuvo tipificada penalmente, por lo que las conductas de esta índole eran reencauzadas hacia el tipo penal de coacción o amenazas.

La Ley Orgánica 10/1995, introdujo el inciso 2 del art. 245 del C.P. español, que establece: *“El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con pena de multa de tres a seis meses”*.

De esta manera, mediante el disfraz de una pena menor a la de usurpación con violencia, se ha incorporado al catálogo punitivo una conducta que hasta el momento no se encontraba tipificada penalmente.

En este sentido Muñoz Conde ha entendido que *“[e]l legislador ha querido cubrir esta laguna tipificando expresamente el supuesto de la «ocupación» como tal (que realizan los que en el lenguaje coloquial se llaman «okupas» y constituyen un movimiento contestatario bastante extendido en alguna ciudades), pero también las «ocupaciones» más simbólicas que reales de fincas rústicas. [...] Esta criminalización no tiene en cuenta, sin embargo, que ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares de la vía penal”*.

Ante este panorama, debemos preguntarnos si este pretendido refuerzo normativo otorgado por el sistema penal en general –materializado en la legislación penal y procesal penal, en particular- es necesario, pertinente, razonable y susceptible de brindar una solución adecuada a la situación social de hoy en día o si, por el contrario, la creación de tipos penales constituye, ante el fracaso de las políticas públicas y las respuestas punitivas anticipadas provenientes ya desde la órbita del derecho civil y su

par administrativo, la consecuencia natural, en el caso que nos ocupa, de la *administrativización del Derecho Penal*; contraria, por ende, al principio de *ultima ratio*. Difícilmente puede suponer la solución al problema. Este solamente tendrá respuesta una vez que el sistema le dé satisfacción al derecho a una vivienda digna al ciudadano y deje de vaciar de contenido a la función social de la propiedad respecto de las viviendas públicas.

En otro orden de ideas, tampoco han sido pocas las experiencias similares que nos han llevado a concluir que la respuesta penal no resulta ser la solución para este tipo de problemáticas, además de ser una solución a medias, ya que en la mayoría de los casos, su empleo termina agravando la situación. Ello, por cuanto no remedia el problema del poseedor despojado, que solamente desea el retorno a la situación *ex ante* al despojo; ni el del sujeto activo que, a su problema habitacional que lo llevó a tomar la decisión última de ocupar un inmueble ajeno, ahora deberá también sufrir la selectividad y violencia propia del sistema penal que lo ha cooptado.

En consecuencia, partiendo de la base de la *proporcionalidad* exigida al legislador a la hora de sancionar normas en general, la solución que se adopte, por utilizar la herramienta penal, más represiva por antonomasia, teniendo dentro del catálogo de posibles soluciones previstas normativamente, opciones menos lesivas para paliar tal cuestión, máxime cuando la propia acusación particular se aparta del procedimiento y tan sólo reclama los presuntos, pero inexistentes, daños.

Tales circunstancias se erigen en un mandato específico hacia el juez penal, a quien le corresponderá por ello analizar las normas relativas a la usurpación de inmuebles teniendo en cuenta los principios señalados hasta el momento y también el principio de *ultima ratio*; a raíz de lo cual deberá optar por la solución menos gravosa del conflicto que vendrá dada de la mano, según el caso, de la esfera civil o contencioso administrativa.

Visto desde una óptica multifacética, el Derecho penal tiene como función primordial, en lo que a la criminalización primaria se refiere, prevenir los más graves costes individuales y sociales provenientes de prohibiciones injustificadas.

En este sentido, Ferrajoli establece una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado, echando mano del principio de *necesidad*, por un lado, y del *principio de lesividad*, por el otro.

Respecto del primero, se ha puesto de resalto la estrecha vinculación entre la necesidad de la pena y la reserva de ley, que en palabras del maestro italiano “...debería vetar o, cuando menos, obstaculizar la inflación penal, y, por otro lado, con la función [...] del derecho penal mínimo como *ius necessitatis* y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalidad. Si el derecho penal responde al sólo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su «absoluta necesidad» son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.”.

Por otro lado, el segundo principio va dirigido a la ciencia y a la práctica jurídica, a quien le competará la carga de la demostración de la *lesividad* que proporcione relevancia jurídico penal a la conducta habilitando, de esta manera, la conminación penal.

En este contexto, la noción de bien jurídico adquiere una función práctica fundamental, erigiéndose como un concepto minimizador de la respuesta punitiva en la interpretación misma de los tipos penales en general. A su vez, incorporando al análisis las pautas provenientes del principio de *última ratio*, la habilitación de poder punitivo quedará también restringida allí cuando existan otros medios con menor entidad lesiva a la hora de solucionar el conflicto; siempre teniendo en consideración la potencialidad afflictiva y conflictiva inherente al sistema penal en general, y al castigo penal en particular.

Con ese horizonte planteamos, en este supuesto, la inaplicabilidad material de un tipo penal que, violentando principios básicos en materia de Derechos Humanos como lo son los de *proporcionalidad*, *pro homine* y *progresividad*, ha optado por la solución más gravosa para los *clientes* del sistema, dirigiendo el poderoso aparato criminalizador estatal contra determinadas personas que, huérfanas de toda ayuda gubernamental que les proporcione condiciones dignas de vida, se encuentran ahora en la paradójica situación de tener que enfrentar el *ius persecuendi* de un Estado únicamente capacitado para brindarle castigo penal.

Más paradójica aún, si se tiene en consideración en muchos de esos casos, el sujeto pasivo del despojo se encarna en la persona del propio Estado a través de una SOCIEDAD ANÓNIMA MUNICIPAL como es EMVISESA.

Porque no deben caber dudas que una persona que ingresa a un domicilio ajeno en busca de un techo donde dormir, más que un criminal, es un desposeído de sus derechos básicos de subsistencia.

En este punto son más que pertinentes las reflexiones realizadas en su día por Marat, al respecto de la culpabilidad en un estado de necesidad de un individuo, en cuanto arremete contra el Estado denunciando:

“¿Que soy yo culpable? No lo creo, pero tengo conciencia de que no he hecho nada que no debiese hacer. El primero de los deberes del hombre es cuidar de su propia conservación; vosotros mismos no conocéis ningún deber superior a éste; el que roba para vivir, en tanto no puede hacer otra cosa, no hace más que usar sus derechos”.

La situación de vulnerabilidad de las personas es tal que no puede considerarse autora de un hecho punible que por más que se reconsidere no puede estimarse como antijurídico, dado que la conservación de ellas mismas y de sus hijos menores hacen que lo realice no sea otra cosa que usar del derecho de utilizar una vivienda social deshabitada y, al igual, que la insignificancia del hurto famélico hace no punible la acción ejecutada, en estos supuestos cabe aplicar el estado de necesidad como eximente completa.

No en vano Marat, hace más de doscientos años, ya vaticinaba:

“A la generación que hizo el pacto social sucede la generación que lo confirma; pero el número de miembros del Estado cambia sin cesar. Por eso, cuando no se ha tomado ninguna medida para prevenir el aumento de las fortunas particulares, por el libre curso que se deja a la ambición, a la industria y al talento, una parte de los hombres se enriquece siempre a expensas de la otra, y por la imposibilidad de disponer de sus bienes en favor de extraños por falta de herederos naturales, las riquezas bien pronto deben acumularse en un corto número de familias y se encuentran luego en el Estado una multitud de personas indigentes que dejan su posteridad en la miseria.

En una tierra en que todo es posesión de otro y en la cual no se pueden apropiarse nada, quedan reducidos a morir de hambre. Entonces, no conociendo la sociedad más que por sus desventajas, ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino.

Para mantener la sociedad es necesario obligarles a respetar el orden establecido, ante todo, debe satisfacer todas sus necesidades. La sociedad debe asegurarles su subsistencia, un abrigo conveniente, entera protección, socorro en sus enfermedades y cuidados en su vejez, porque no pueden renunciar a los derechos naturales, en tanto que la sociedad que no haga preferible este estado al natural. Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan sus leyes. [...] El derecho de poseer procede del derecho de vivir; así es que todo lo indispensable para la existencia es nuestro, y nada superfluo nos debe pertenecer legítimamente mientras que otros carecen de lo necesario. He aquí el fundamento legítimo de toda propiedad, tanto en el estado natural como en el de sociedad.”.

Antes de ser privada, como no es el caso, puesto que son viviendas de protección oficial, publicadas, la propiedad es y será social, a raíz de lo cual, mal podría hablarse de propiedad individual en términos perfectos cuando luego de casi dos centurias de existencia del Estado moderno, el mismo carece aún de aptitud para allanar el camino hacia el futuro acceso a una vivienda para cada uno de sus ciudadanos.

Sin embargo, de ello debe concluirse que la Administración se encuentra imposibilitada de dar una solución al desposeído, puesto que no lo hace. Lo que debe quedar en claro, en última instancia, es que la actuación del Estado debe ser racional; por lo que no serán admisibles las soluciones de máxima cuya finalidad primordial sea la exacerbación de la venganza pública y privada, como sucedería de aplicar el tipo en cuestión dada las circunstancias en las que nos movemos.

Pero el primer paso debe venir de la mano de una solución multifacética que ponga sobre el tapete los problemas y eventuales soluciones que

satisfagan a todos los sectores involucrados, lo que no se alcanza mediante la aplicación del tipo penal. Desde la esfera criminal, piénsese que tanto la legislación penal de fondo como la procesal penal son, en definitiva, instrumentos de una realidad normativa llamada política criminal. Y su propio carácter instrumental es el que impide modificar la realidad de fondo a través de una norma. Y la propia política criminal, como una rama de la política en general nos obliga a tener en cuenta la totalidad de las soluciones que desde diferentes ámbitos se han barajado a la hora de intentar paliar tan dramática situación.

Por ello, la propuesta sería acudir preferentemente a otros institutos que, con la misma eficacia y menor carácter lesivo que la solución penal, se erigen como posibles soluciones alternativas a la cuestión, y, por tanto, no aplicar el tipo en cuestión que agrava, aún más la situación de los ciudadanos que, encontrándose sin vivienda, sin que se le solucione su problema por una política municipal inadecuada que mantiene viviendas vacías sin solucionar la problemática de este derecho fundamental de los ciudadanos, se enfrenta a la opresión que supone la posible imposición de una multa, unos antecedentes penales y una posible entrada en prisión, con hijos menores de edad a los cuales tienen que atender bajo la amenaza de la retirada de la patria potestad a la iniciación de un expediente de acogimiento procurado por actuaciones incomprensibles de los servicios sociales desde cualquier punto de vista.