



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA

Alumno: Lorenzo Navarro Expósito

Enero, 2022

RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito el estudio del delito de allanamiento de morada del art. 202 del Código Penal. Se comienza con el estudio del bien jurídico protegido, para pasar posteriormente al análisis del tipo penal. Por último, se establecen la diferencia que existe entre el delito de allanamiento y el de usurpación de bienes inmuebles, analizándose las pautas de actuación que en cada caso están vigentes tanto para el Ministerio Fiscal como para los agentes de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Palabras claves: allanamiento de morada, domicilio, intimidad, ocupación, desalojo.

ABSTRACT

This work aims to study the crime of breaking and entering of residence of article 202 of the Penal Code. It begins with the study of the protected legal asset, to subsequently move on to the analysis of the elements of the criminal type. Finally, the difference between the crime of trespassing and the usurpation of real estate is established, analyzing the action guidelines that are in force in each case both for the Public Prosecutor and for the agents of the State Security Forces and Corps.

Keywords: home invasion, home, privacy, occupation, eviction.

INTRODUCCIÓN

En el Código Penal vigente, el delito de allanamiento de morada se ubica en el Capítulo II del Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Este trabajo tiene como propósito lograr una aproximación al delito de allanamiento de morada, permitiéndonos tener una adecuada comprensión sobre sus elementos y los problemas que pueden darse en su aplicación, así como lograr diferenciarlo adecuadamente del delito de usurpación de inmuebles.

En concreto, se han establecido los siguientes objetivos específicos:

- Determinación del bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada, con análisis de qué es lo que hemos de entender por morada.
- Análisis de los elementos del tipo penal, con estudio de algunas de las cuestiones que pueden plantearse en su aplicación práctica.
- Estudio de las diferencias entre el delito de allanamiento de morada y el de usurpación de bienes inmuebles, asociado este último al fenómeno de la “okupación”. También se tratan en este ámbito las posibilidades de actuación de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal.

Desde el punto de vista metodológico, se ha llevado a cabo un trabajo de revisión bibliográfica y de análisis jurisprudencial, con estudio de casos reales, todo ello con el fin de no quedar en un mero análisis teórico de la materia. En este mismo sentido, se estudian las Instrucciones vigentes en materias de pautas de actuación tanto para el Ministerio Fiscal como para los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

FGE: Fiscalía General del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SES: Secretaría de Estado de Seguridad

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN AL ALLANAMIENTO DE MORADA	6
1.1 El bien jurídico protegido	6
1.2 El concepto de domicilio y de morada	9
2. ELEMENTOS DEL TIPO	13
2.1 Conducta típica	13
2.2 Elementos subjetivos: el dolo	17
2.3 Formas de aparición del delito	19
2.4 Relaciones concursales	21
2.5 Penalidad	24
3. ALLANAMIENTO Y USURPACIÓN	27
3.1 Diferencia del bien jurídico protegido	27
3.2 La segunda vivienda	30
3.3 Problemas de aplicación y pautas de actuación	32
Conclusiones	36
Bibliografía	40

1. APROXIMACIÓN AL ALLANAMIENTO DE MORADA

1.1 El bien jurídico protegido

El delito de allanamiento de morada se ha previsto en los diversos Códigos Penales Españoles desde el Código de 1848, donde constaba en el art. 404¹. En la actualidad, lo encontramos en el art. 202 CP, señalándose que comete este delito la persona física que “*sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador*”.

Sin perjuicio del posterior desarrollo de la conducta típica, procede en primer lugar determinar cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal. En este sentido, señalan Serrano Gómez y Serrano Maíllo que la doctrina no es pacífica a la hora de determinar el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada: hay autores que hablan de la inviolabilidad domiciliaria como una de las libertades del morador, mientras que otros hablan de la intimidad domiciliaria, la dignidad de la persona o la paz del hogar².

Por su parte, Jorge Barreiro destaca la dimensión tanto pública como privada del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), indicando que el allanamiento de morada es un delito donde este derecho se ve atacado de forma directa en una dimensión estrictamente personal³.

En el CP vigente, podemos señalar que, desde el punto de vista sistemático, el delito de allanamiento de morada se incardina en el Capítulo II del Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Señala Sáinz-Cantero que el CP de 1995 supone un cambio en la ubicación sistemática del delito de

1 Jorge Barreiro, A. (1987). *El allanamiento de morada*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 13.

2 Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. (2011). *Derecho Penal: Parte Especial*. Madrid: Editorial Dykinson, p. 292

3 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit, p. 20.

allanamiento de morada: anteriormente, este se encontraba en el contexto de los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas⁴.

Si bien volvemos a repetir que no nos encontramos ante una cuestión pacífica en la doctrina, la jurisprudencia más reciente parece poner el foco en el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad.

En este sentido cabe citar la STS de 852/2014, de 11 de diciembre, que indica que el delito de allanamiento de morada tutela estos derechos con el fin de garantizar un ámbito de privacidad de la persona, ámbito que debe quedar exento a invasiones externas. En concreto, se señala que *“el derecho de las personas a la intimidad es la clave con que debe ser interpretado el art. 202, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse que concurre siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada ”* (FJ 3º)⁵.

Por su parte, la STS 520/2017, de 6 de julio, indica que el delito de allanamiento de morada tutela la inviolabilidad del domicilio, siendo el derecho a la intimidad la clave en la que debe interpretarse el art. 202 CP, ya que se persigue garantizar el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado que ella elige *“y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública”* (FJ 4º)⁶.

Teniendo en cuenta estos elementos, procede desarrollar en mayor detalle qué es lo que entendemos por inviolabilidad del domicilio y qué es lo que entendemos por intimidad domiciliaria, siendo clave en esta materia el art. 18 CE.

En el ámbito internacional encontramos muchas referencias a la protección del derecho a la intimidad y al derecho a la inviolabilidad del domicilio con relación a esta. De modo breve cabe citar:

4 Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2020). “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En *Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 361

5 Sentencia del Tribunal Supremo 852/2014, de 11 de diciembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a228f62a48a817e7/20150116>

6 Sentencia del Tribunal Supremo 520/2017. de 6 de julio. Disponible en: <https://vlex.es/vid/690746029>

- El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que indica que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada o en su domicilio.
- El art. 8 del CEDH, que indica que toda persona tiene derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

Como señala la STC 22/1984, de 17 de febrero, el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental dirigido a garantizar un ámbito de privacidad del individuo dentro del espacio delimitado elegido por este, espacio que debe quedar exento de invasiones exteriores no consentidas. De esta forma, el TC entiende el domicilio como un espacio estrechamente vinculado a la esfera privada de la persona, espacio en el que esta ejerce su libertad más íntima sin necesariamente quedar sujeta a los usos sociales (FJ 5º)⁷.

Por su parte, y este elemento es relevante para posteriormente diferenciar allanamiento de morada de usurpación de inmueble, indica Alonso que el art. 18 CE no protege el derecho de propiedad sobre el inmueble constitutivo de domicilio: lo que se protege es la existencia de un reducto inmediato de la persona, reducto donde esta debe estar preservada de cualquier tipo de intromisión ilícita⁸.

De esta forma, podemos decir que lo más relevante no es en sí el espacio físico, sino el hecho de que en él se desarrolla la vida privada de la persona⁹. Por ello, y como se señala en la STC 126/1995, de 25 de julio, la inviolabilidad del domicilio supondría una manifestación de la garantía del derecho a la intimidad personal y familiar¹⁰.

En definitiva, cabe señalar que la inviolabilidad del domicilio protege la vida privada o la intimidad domiciliaria de la persona, considerando autores como Jorge Barreiro que es

7 Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/275>

8 Luis Alonso, A. (1993). *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Colex, p. 71

9 Navas Sánchez, M. (2011). “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. *Revista de derecho político*, (81), p. 161

10 Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1995, de 25 de julio. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2980>

exactamente esta intimidad domiciliaria, considerada como manifestación de la libertad personal, el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada¹¹. Así, el autor del delito de allanamiento de morada estaría atentando contra la intimidad de la víctima, ocasionando intromisión en el lugar donde esta desarrolla su vida privada¹².

Por estas razones, afirma Sáinz-Cantero Caparrós que la ubicación sistemática del delito de allanamiento de morada en el CP de 1995 determina un alejamiento de su tradicional relación con los delitos contra la libertad y la seguridad. Obviamente, el allanamiento afecta a la libertad del morador, y también potencialmente a su seguridad, pero ahora la figura debe principalmente entenderse e interpretarse con relación a atentados contra la intimidad y contra el espacio donde el individuo desarrolla su vida¹³.

Tras estas consideraciones iniciales sobre la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, procede pasar a analizar exactamente qué es lo que hemos de entender por domicilio o morada, algo es ciertamente relevante a efectos del estudio que estamos llevando a cabo.

1.2 El concepto de domicilio y de morada

Como señala Matía Portilla, el art. 18.2 CE meramente alude a la inviolabilidad del domicilio, sin establecerse una definición en tal sentido. Por ello, tenemos en principio que acudir a jurisprudencia constitucional para poder entender las notas que caracterizan el concepto de domicilio¹⁴.

En este sentido, se indica en la STC 22/1984¹⁵, de 17 de febrero, que la idea de domicilio del art. 18.2 CE no coincide de forma plena con el concepto aplicable en Derecho Privado, entendiéndose por domicilio en el CC el punto de localización de la persona o el lugar de

11 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 42.

12 Sáinz-Cantero Caparrós, J. "Delitos contra la intimidad..." ob. cit., p. 361

13 Sáinz-Cantero Caparrós, J. "Delitos contra la intimidad..." ob. cit., p. 361

14 Matía Portilla, F. (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Madrid: McGraw Hill, p. 163

15 Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/275>

ejercicio de sus derechos y obligaciones. Indica así el TC que el domicilio ha de entenderse con relación a la protección instrumental que este supone con relación al desarrollo de la vida íntima y privada de la persona. Por ello, el concepto constitucional de domicilio ha de tener mayor amplitud que el concepto estrictamente jurídico-privado.

De esta forma, la protección no solo se extiende a un mero espacio físico aisladamente considerado, sino a todo lo que en él hay de la persona y su esfera privada. Por ello, podemos decir que el concepto de domicilio abarca aquellos espacios cerrados en los que el sujeto lleva a cabo actividades cotidianas sin admitir libremente injerencia de terceros¹⁶.

Indica en este sentido Martos Nuñez que el domicilio inviolable es aquel espacio donde el individuo ejerce su libertad más íntima sin estar sujeto necesariamente a los usos sociales, y sin quedar sujeto a la intervención de terceros¹⁷. No obstante, en el art. 202 CP no se hace estrictamente alusión al domicilio, sino a “morada ajena”, por lo que procede ahora delimitar si existen diferencias entre el concepto de domicilio y el de morada.

A estos efectos, indica Martos Nuñez que ha de entenderse la morada como el espacio cerrado destinado a fines propios de la vida privada, encontrándose este separado del mundo exterior, evidenciándose voluntad del morador de excluir la intervención de terceros. Además, y para que se aprecie el concepto de morada, resultaría irrelevante que el morador se encontrase ausente de la morada al momento de entrada incontestada de un tercero¹⁸.

Para empezar con la delimitación del concepto, Jorge Barreiro señala en primer lugar que no necesariamente ha de coincidir el de morada con el de casa, en tanto que podemos hablar de morada sin necesidad de que se trate de un inmueble¹⁹. La morada abarcaría así todos aquellos lugares reservados a una persona y destinados a su vida privada, con separación del mundo exterior, algo que incluso podría aplicarse a una habitación de hotel o a una tienda de campaña.

16 Navas Sánchez, M.. “¿Inviolabilidad o intimidad...”ob. cit., p. 179

17 Martos Nuñez, J. (1996). “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”. En *Estudios penales y jurídicos : homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero* . España, Universidad de Córdoba, p. 464

18 Martos Nuñez. “Delitos contra la inviolabilidad...” ob. cit., p. 463

19 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 45

Señala así la SAP de Barcelona 15/2015, de 9 de abril, que ha de entenderse por morada el recinto generalmente cerrado en el cual el sujeto pasivo y las personas próximas a él habitan y desarrollan su vida íntima y familiar, extendiéndose la protección de la misma a todas sus estancias, dependencias y anexos (FJ 1º)²⁰.

Por lo expuesto, indica Sanz Morán que el concepto penal de morada tiene amplia coincidencia con el concepto constitucional de domicilio, aunque el concepto de domicilio tiene un carácter más genérico²¹. Así, el concepto de domicilio sería más amplio, siendo aplicable por ejemplo a lugares en los que el sujeto no pernocta o reside, como sería el caso de espacios cerrados en los que se desarrollan actividades profesionales. De esta forma, la jurisprudencia ha reconocido bajo la protección de la inviolabilidad del domicilio el despacho de un gerente²².

Hechas estas matizaciones, procede continuar con el concepto concreto de morada. Jorge Barreiro destaca las siguientes notas características²³: en primer lugar, nos encontramos ante un espacio cerrado (al menos parcialmente), y separado del mundo exterior, con clara voluntad del morador de excluir la intervención de terceras personas.

En segundo lugar, y como antes se dijo, la morada no tiene por qué ser un inmueble. Puede ser así morada tanto una vivienda habitada clásica como una choza, una barraca o incluso un vagón de tren. En principio, no se consideraría morada un automóvil (salvo los coches-remolque), en tanto que la función principal de estos es ser un medio de transporte. Finalmente, es un espacio que se destina al desarrollo de actividades propias de la vida privada, con vinculación a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Con lo hasta ahora expuesto, podemos ya ver como es totalmente falso que un apartamento turístico alquilado no tenga la consideración de morada por no ser la vivienda de quien se encuentra dentro de él. En este sentido, cabe citar la STC 22/2003, de 10 de febrero, en la que

20 SAP de Barcelona 15/2015, de 9 de abril. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/885a0e8a9d8ede76/20150610>

21 Sáenz Morán, A. (2006). *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant, p. 41

22 Navas Sánchez, M.. “¿Inviolabilidad o intimidad...”ob. cit., p. 179

23 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 47

se indica que ni la accidentalidad ni la temporalidad suponen que las habitaciones de un hotel no tengan el concepto de morada. Además, la protección se extiende a todos los que se encuentran en tal habitación. En concreto, se señala en el FJ 7 ° que la inviolabilidad domiciliaria corresponde de forma individual a cada uno de los moradores, “*sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas*”²⁴.

Finalmente, en este epígrafe, y sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará en el contexto de diferenciación entre allanamiento de morada y delito de usurpación, debe citarse tanto la Instrucción 1/2020 de la FGE como la STS 587/2020, de 6 de noviembre, en tanto que se ha ampliado el concepto de morada a las segundas residencias. Así, en la citada Instrucción, se indica para empezar que los conceptos rectores que guían la definición de morada son las ideas de vida privada e intimidad, siendo estos los que determinan cuándo estamos ante una morada. Con base en estos elementos, se considera que también han de reputarse como morada aquellas segundas residencias o residencias de temporada en las que, aunque fuese de forma eventual, los poseedores desarrollen su vida privada²⁵.

Por su parte, en la STS 587/2020, de 6 de noviembre, se indica que es posible hablar de una consideración doble de morada, es decir, que es posible disponer de morada en dos residencias que una persona utilice de forma más o menos habitual, sin que pueda exigirse a la persona que elija solo una.

Por ello, indica la sentencia que ha de considerarse como morada aquella segunda residencia que se utiliza de forma ocasional, indicándose de forma expresa que han de reputarse como morada aquellos espacios en los que el individuo, aunque ello sea de forma transitoria, desarrolle su esfera de privacidad de forma alejada a la intromisión de terceros no autorizados²⁶.

24 Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4797>

25 Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

26 Sentencia del Tribunal Supremo 587/2020, de 6 de noviembre. Disponible en <https://vlex.es/vid/851977425>

Como luego trataremos, esta sentencia puede ser relevante en el contexto de diferenciación entre allanamiento de morada y usurpación, en tanto que implica ampliación del concepto de morada. En todo caso, hechas estas precisiones conceptuales, en el siguiente epígrafe pasamos al análisis de la conducta típica en el delito de allanamiento de morada.

2. ELEMENTOS DEL TIPO

2.1 La conducta típica

Como ya se indicó antes, el art. 202 CP señala que comete allanamiento de morada el particular que, sin habitar en morada ajena, entra o se mantiene en ella contra la voluntad de su morador.

En primer lugar, cabe indicar que sujeto activo de este delito puede ser el particular que no habita en la morada, es decir, aquel que no tiene derecho a no ser excluido de la morada²⁷. Destacamos que tal sujeto activo debe ser un particular: si quien entra o se mantiene en la morada contra la voluntad de su morador es autoridad o funcionario público, ya no hablaríamos del tipo básico del art. 202, sino del delito del art. 204 CP.

Continuando con lo expuesto en el art. 202 CP, también podemos ver como es elemento clave de la conducta típica que este particular no habite en la morada ajena en la que entra o se mantiene. En este sentido, señala Matía Portilla que ello implica que el infractor no tiene posesión alguna sobre el lugar, sin importar la existencia relaciones de consanguinidad presentes o pasadas (hay delito. Igualmente, habría delito, aunque el infractor sea el propietario del inmueble si el morador es, por ejemplo, el arrendatario)²⁸.

En este sentido cabe citar la STS 1775/2000, de 17 de noviembre, en la que se admite que el morador puede ser sujeto pasivo respecto del propietario siempre que este último entre en una

27 Luengo Zarzoso, M. (2015). *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios*. Valencia: Ministerio de Defensa, p. 110

28 Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202”. En *Comentarios prácticos al Código Penal: los delitos contra las personas*. España: Thomson Reuters, p. 704

morada de la que, siendo dueño, no es morador. Asimismo, se señala que existe allanamiento sin perjuicio de la presente o previa existencia de relaciones sentimentales con el morador, siendo el elemento clave entrar o mantenerse en la morada contra su consentimiento. En concreto, en su FJ 3º se precisa que puede ser sujeto activo de este delito “*cualquier persona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada; debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos habitan, desarrollan su vida íntima y familiar*”²⁹.

Avanzando más en el análisis del art. 202 CP, podemos ver como la conducta típica puede revestir dos modalidades distintas: una positiva, que consistiría en la entrada en morada ajena, y una negativa, consistente en el mantenimiento en tal morada contra la voluntad del morador³⁰.

La conducta consistente en entrada supone así que el sujeto activo se introduzca en alguno de los espacios integrantes de la morada. No se requieren aquí especiales medios, aunque debe indicarse que, si concurre violencia o intimidación, resultará aplicable el tipo agravado del art. 202.2 CP³¹. Por otro lado, precisa Jorge Barreiro que es necesaria la presencia física o corporal dentro de los espacios de la morada, sin que pueda hablarse de “entrada” por razón de conductas tales como simplemente asomarse a una puerta o ventana³².

En cuanto al mantenimiento en morada ajena contra la voluntad del morador, presupone una entrada consentida por el morador, con posterior negativa del sujeto activo a abandonar la morada, dándose así una conducta omisiva. En este sentido señala la previamente citada STS 1775/2000, de 17 de noviembre, que la voluntad del morador exigiendo que la persona salga de la morada puede ser expresa, tácita e incluso presunta, debiendo apreciarse contraste efectivo entre la voluntad del morador y la del sujeto activo.

29 STS 1775/2000, de 17 de noviembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/allanamiento-morada-da-lesiones15199843>

30 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 60

31 Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 250

32 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 60

En este sentido, indica la STS 2/2008, de 16 de enero, que la voluntad de exclusión del morador no tiene por qué ser expresa y directa, siendo suficiente con que pueda deducirse de las circunstancias del hecho de forma lógica y racional³³.

Con ello pasamos al análisis de la voluntad del morador: obviamente, para que exista delito, la entrada o mantenimiento en la morada debe darse de forma contraria al consentimiento del morador, por lo que el consentimiento determina la atipicidad de la conducta.

A este respecto indica Matía Portilla que el consentimiento para la entrada o permanencia en la morada puede ser expreso o tácito³⁴. Ello no implica, según la STS 852/2014, de 11 de diciembre, que el consentimiento tácito puede entenderse del mero hecho de que la puerta se encontrase entreabierta, precisándose de elementos que nos permitan racionalmente la existencia de autorización tácita. En el caso tratado en la sentencia, los sujetos activos entraron en la morada aprovechando que el morador dejó la puerta abierta por estar esperando al fontanero, algo que obviamente no es constitutivo de consentimiento tácito³⁵.

En el mismo sentido, se indica en la STS 692/2014, de 29 de octubre, que tenemos que hablar de consentimiento válido, dándose responsabilidad penal cuando se emite consentimiento o autorización para entrar con base en una falacia urdida por parte del sujeto activo con el fin de embaucar al morador. Así, en un caso en el que el sujeto activo manifestó ser un sacerdote que acudía con intenciones lícitas, el TS señaló que *“es patente que no medió voluntad libre de los moradores para franquear el acceso de la vivienda (más bien presumiblemente contraria) al ser objeto de un burdo y premeditado engaño”* (FJ 2º)³⁶. Podemos igualmente citar la STS 2011/2004, de 29 de septiembre, donde se indica que hay allanamiento cuando se consigue acceso a la vivienda sirviéndose el sujeto activo de medios fraudulentos³⁷.

33 STS 2/2008, de 16 de enero. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-2-2008-ts-sala-penal-sec-1-rec-10392-2007-16-01-2008-4241261>

34 Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202”...ob. cit., p. 706

35 STS 852/2014, de 11 de diciembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/553470730>

36 STS 692/2014, de 29 de octubre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/542199030>

37 STS 2011/2004, de 29 de septiembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/declaraci-v-ctima-motivaci-esp-rea-17446911>

Podemos así señalar que la voluntad contraria del morador es un requisito típico, de forma que la existencia de consentimiento válido por su parte supone una causa excluyente del tipo. Debe eso sí recalcarse que debemos hablar de consentimiento válido, ya sea expreso o lógicamente deducible mediante actos concluyentes del morador³⁸.

Por último, en este epígrafe, procede analizar el problema de qué es lo que ocurre cuando existen en una morada distintos moradores con idéntico derecho. Sería por ejemplo el caso de un matrimonio o de 3 estudiantes que comparten un piso arrendado. ¿Qué ocurre si uno de los titulares consiente la entrada de tercero, pero otro la prohíbe?

Señala a estos efectos Muñoz Conde que todos los moradores están legitimados para consentir la entrada, pero en caso de divergencia, el que la prohíbe es de mejor derecho. De esta forma, teniendo en cuenta el derecho a la intimidad del que no consiente, debe entenderse que, si un titular consiente a la entrada y otro no, debe prevalecer la voluntad de este último³⁹.

En este mismo sentido se pronuncia Matía Portilla, indicando que debe prevalecer el derecho de exclusión siempre que sea evidente para la persona que entra o se mantiene en la morada que lo está haciendo contra la voluntad de uno de los moradores⁴⁰. Igualmente, en los casos que denomina como “conflicto de titularidades”, Jorge Barreiro indica que rige la tesis tradicional de que “quien prohíbe tiene mejor derecho”, todo ello con superación de las visiones jerarquizadas de la familia, donde sería el “padre de familia” el que decidiría al respecto⁴¹.

Por tanto, puede señalarse en estos casos que, si los moradores envueltos tienen el mismo derecho, debe priorizarse a falta de acuerdo la voluntad de aquel morador que prohíbe o veta la entrada del tercero. De hecho, es interesante que autores como Sáinz-Cantero Caparrós aluden a la eventual posibilidad de que uno de los moradores puede considerarse como

38 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio...* ob. cit. p. 115

39 Muñoz Conde, F. *Derecho Penal* ...ob. cit. p. 251

40 Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202”... op. cit., p. 705

41 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. cit. p. 75

partícipe del delito cuando, a sabiendas de que otros moradores excluyen o prohíben la entrada de una persona, decide facilitarla⁴².

2.2 Elementos subjetivos: el dolo

Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, indica Matía Portilla que no cabe la comisión imprudente, sino que se precisa concurrencia de dolo genérico: el sujeto activo es plenamente consciente de que está entrando en morada ajena (o manteniéndose en ella) contra la voluntad del titular de la misma⁴³.

La doctrina mayoritaria considera así que no se exige un dolo específico, aunque existen tesis contrarias que sí que consideran que debe concurrir un ánimo específico por parte del sujeto activo de lesionar la intimidad de los moradores. Sin embargo, entendemos que la tesis acogida por la jurisprudencia del TS es la primera: basta con la concurrencia de un dolo genérico, sin exigirse ánimo de vulnerar la intimidad⁴⁴.

En este sentido podemos citar la STS 1048/2000, de 14 de junio, donde se indica lo siguiente: *“la "ratio" de la norma en cuestión, reduciéndose inmotivadamente los supuestos en que la inviolabilidad del domicilio debe ser penalmente protegida, obliga además a no exigir la concurrencia de un elemento subjetivo que en el tipo diseñado por el legislador no aparece por parte alguna. Nos referimos, naturalmente, a la supuesta forzosidad de que el invasor del domicilio ajeno tenga el ánimo específico de lesionar la intimidad de sus moradores o, lo que es igual, que actúe con dolo directo de primer grado. Para que el tipo subjetivo del allanamiento de morada de persona física se realice, es suficiente con que se "ponga" el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes*

42 Sáinz-Cantero Caparrós, J. “Delitos contra la intimidad...” ob. cit., p. 363

43 Matía Portilla, F. “Artículo 202” op. cit. p. 705

44 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio...* ob. Cit. p. 130

pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización” (FJ 1º)⁴⁵.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 2/2008, de 16 de enero, donde vuelve a recalcarse que el tipo penal no exige la concurrencia de un elemento subjetivo específico, bastando con que el sujeto activo sea consciente de que entra en domicilio ajeno sin consentimiento del morador, careciendo a la vez de cualquier motivo justificante que fuese susceptible de subsanar dicha ausencia de autorización⁴⁶.

Puede por ello señalarse que no es posible en modo alguno el allanamiento de morada imprudente. Recordamos así que el art. 12 CP establece que las acciones y omisiones imprudentes únicamente han de castigarse cuando así se disponga de forma expresa, sin que este sea el caso en el supuesto que estamos analizando.

Ello llevaría también a admitir que la consecuencia del error de tipo sería la impunidad de la conducta del sujeto. Por ejemplo, habría error de tipo (y por ello impunidad), si queda claro que el sujeto desconocía el carácter de morada del lugar invadido, si desconocía la voluntad contraria del morador o si no era consciente de la ajenidad de tal espacio⁴⁷. Por otro lado, puede admitirse la existencia de error de prohibición, por ejemplo, cuando se entiende que la entrada en morada ajena era legítima⁴⁸.

Esta última cuestión se analiza en la STS 20/2010, de 29 de enero. En este caso, el sujeto activo afirmó que creía que estaba entrando en su casa, sin que existiese allanamiento, todo ello en el contexto de una situación de separación legal, existiendo de hecho previa prohibición cautelar de acercamiento a la esposa.

Por ello, el TS señala que la creencia del sujeto de que no estaba cometiendo allanamiento chocaría de forma frontal con el hecho de que existía una situación de separación, habiendo

45 STS 1048/2000, de 14 de junio. Disponible en: <https://vlex.es/vid/allanamiento-morada-dolo-especifico-i-15202290>

46 STS 2/2008, de 16 de enero. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-2-2008-ts-sala-penal-sec-1-rec-10392-2007-16-01-2008-4241261>

47 Sanz Morán, A. *El allanamiento...* ob. cit. p. 71

48 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio...* ob. cit p. 132

sido el sujeto apartado del domicilio de forma clara y comprensible para cualquiera. De esta forma, en este caso, no cabe en forma alguna apreciar ni error de prohibición ni error de tipo, siendo el sujeto condenado⁴⁹.

En todo caso, si se apreciase en un caso concreto la existencia de error de prohibición vencible, el resultado no sería la impunidad de la conducta, sino que se aplicaría la atenuación general que en estos casos prevé el art. 14.3 CP⁵⁰.

2.3 Formas de aparición del delito

En primer lugar, hemos de indicar que el delito de allanamiento de morada no es un delito de resultado material, sino un delito de simple actividad que se consume con la mera realización de la conducta típica. Es decir, el delito se consume o con la entrada del sujeto activo en la morada ajena o con su mantenimiento en ella contra la voluntad del titular, exigiéndose en este último caso que pase un tiempo superior al preciso para irse una vez que se conoce claramente la voluntad del morador⁵¹.

Igualmente, indica Jorge Barreiro que nos encontramos ante un delito permanente, lo cual implica que el delito se consume con la intromisión ilícita, pero la situación antijurídica se prolonga en el tiempo que el sujeto siga en la morada ajena, existiendo un único delito⁵². Así, el delito se consume en el momento en el que se produce la entrada, y la lesión contra la intimidad se mantiene mientras el sujeto permanece en la morada contra la voluntad de sus moradores⁵³.

Por otro lado, y aunque nos encontremos ante un delito de mera actividad, tanto doctrina como jurisprudencia parecen admitir que sí que es posible la tentativa de allanamiento de

49 STS 20/2010, de 29 de enero. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3633f48750c442b/20100218>

50 Muñoz Conde, F. *Derecho Penal* ...ob. cit. p. 253

51 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio*... ob. cit. p. 133

52 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento*..., ob. cit. p. 71

53 Sáinz-Cantero Caparrós, J. "Delitos contra la intimidad..." ob. cit., p. 363

morada en el caso de la conducta consistente en entrar en la morada ajena: no se consigue entrar, pero sí que se exteriorizan actos tendentes a tal propósito⁵⁴.

En este sentido puede citarse la STS 1143/1989, de 18 de febrero, en la que se aprecia delito de allanamiento de morada en grado de tentativa. En este caso, el acusado acudió al domicilio de su mujer, estando separados. Al negarse la mujer a abrir, el acusado pateó la puerta, consiguiendo abrirla, aunque tras ello no llegó a entrar en el domicilio, saliendo la mujer al portal. Se aprecia por ello la concurrencia de dolo, pretendiendo el acusado derribar la puerta con el fin de entrar en morada ajena contra el consentimiento de la moradora, aunque finalmente, y por causas ajenas a su voluntad, no llegó a entrar en el inmueble⁵⁵.

Por el contrario, indica la STS 1231/2009, de 25 de noviembre, que sí que hay consumación del delito de allanamiento de morada cuando el sujeto activo, aprovechando que la moradora abre la puerta, la empuja y consigue entrar en el interior, procediendo a cerrar la puerta tras su entrada⁵⁶.

Además de lo expuesto, debe indicarse que no resultan punibles los actos preparatorios, es decir, los de proposición, provocación y conspiración, todo ello por no existir previsión legal sobre la posibilidad de castigarlos (véanse las normas generales de los arts. 17 y 18 del vigente CP).

En materia de autoría, señala Sanz Morán que no estamos ante un delito de propia mano, por lo que sería perfectamente posible admitir la autoría mediata⁵⁷. En cuanto a la coautoría, es interesante señalar que la jurisprudencia la interpreta de forma amplia, sin exigir que todos los coautores tengan que introducirse físicamente en la morada⁵⁸.

54 Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. *Derecho Penal: Parte Especial*. ob. Cit. p. 29

55 STS 1143/1989, de 18 de febrero. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e84a075b89169c4/20051215>

56 STS 1231/2009, de 25 de noviembre. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f46042deec1d558/20091223>

57 Sanz Morán, A. *El allanamiento...* ob. cit. p. 84

58 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio...* ob. cit. p. 133

En el caso de la STS 2247/1992, de 17 de marzo, se señala que uno de los procesados efectivamente había de ser condenado como coautor, en tanto que su actuación fue más allá de la cooperación periférica, implicando su actuación verdaderos elementos decisivos y decisores con respecto a la realización del hecho delictivo⁵⁹.

Igualmente, en esta sentencia se indica que puede apreciarse tanto la inducción como la cooperación necesaria en el contexto del delito de allanamiento de morada. Lo mismo se indica en la STS 1789/1999, de 28 de noviembre, lo cual impide que queden impunes sujetos cuya actuación ha sido decisiva con relación a la comisión del delito⁶⁰.

Por último, debe también indicarse que en principio pueden darse las causas de justificación generales. En este sentido, Serrano Gómez y Serrano Maíllo señala que puede pensarse en causas de justificación como la del cumplimiento de un deber o el estado de necesidad, por ejemplo, en este último caso si una persona entra en morada ajena por estar huyendo de alguien que le persigue para matarlo. Potencialmente, el autor afirma que podría incluso admitirse la legítima defensa, por ejemplo, en el caso de que el que acaba entrando en la morada lo haga defendiéndose de un ataque que se le dirige desde dentro⁶¹.

Tras el análisis de estos elementos, procede pasar a analizar las posibles relaciones concursales que pueden darse en materia de allanamiento de morada, en tanto que es común que este delito se encuentre asociado con otros, como por ejemplo sería el robo.

2.4 Relaciones concursales

Como se ha dicho, es común el delito de allanamiento se de junto a otros delitos, pero es importante que tengamos en cuenta el principio *non bis in ídem*. Tal y como ya se indicaba en la STC 2/1981, de 30 de enero, nos encontramos ante un derivado lógico del principio de

59 STS 2247/1992, de 17 de marzo. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4ed3a5c945309c5a/20030918>

60 STS 1789/1999, de 28 de noviembre. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ff5cec46f19b3f4/19960103>

61 Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. *Derecho Penal: Parte Especial*. ob. Cit. p. 294

legalidad del art. 25 CE, consistente en la prohibición de la duplicidad de sanciones⁶². Así, este principio implica que no puede castigarse un hecho de forma doble, ni en vía penal ni administrativa, teniendo preferencia la jurisdicción penal frente a la administrativa⁶³.

Señala a estos efectos Lascuraín Sánchez que ese principio supone que no puede darse más de una sanción por un mismo hecho, sin que el Estado pueda reiterar el ejercicio de su potestad punitiva. Precisamente han de aplicarse en estos casos las reglas del concurso de normas del art. 8 CP en los casos en los que un mismo hecho se ha tenido en cuenta por el legislador a la hora de configurar la conducta típica de dos delitos⁶⁴.

Aplicando este principio al caso de las relaciones concursales que pueden darse con el delito de allanamiento de morada, debemos tener en cuenta que, cuando exista delito de robo en casa habitada del art. 241 CP, no habría concurso de delitos, sino concurso de normas, de forma que solo se castiga el delito de robo, en tanto que este es más amplio que el de allanamiento de morada, todo ello de acuerdo al principio de consunción del art. 8 CP. De esta forma, apreciar concurso de delitos entre allanamiento de morada y robo agravado por practicarse en casa habitada supondría castigar doblemente un mismo hecho⁶⁵, comprendiendo la figura del art. 241 CP tanto el robo en sí mismo como el allanamiento, con agravación de la pena por cometerse en un lugar especialmente protegido⁶⁶.

Ello no implica que no podamos hablar de concurso de delitos en otros casos, señalando la STS 520/2017, de 6 de julio, que el principio non bis in ídem no nos impediría castigar dos hechos que dan a lugar a dos delitos distintos, siendo lo relevante que exista distinto fundamento en lo relativo a la infracción⁶⁷.

62 STC 1/1981, de 30 de enero. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2>

63 Ruiz Gómez, A. (2005). "Fraude de subvenciones y estafa: aspectos concursales". *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, (23), p. 139

64 Lascuraín Sánchez, J. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. España: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 85

65 Martínez Escamilla, M. (2012). *Derecho Penal: Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Universidad Complutense, p. 400

66 Liñán Lafuente, A. (2021). *Trazos de Derecho penal Parte especial*. España: E-prints, p. 214

67 STS 520/2017, de 6 de julio. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-520-2017-ts-sala-penal-sec-1-rec-113-2017-06-07-2017-47716375>

Por ejemplo, sí que podríamos hablar de concurso de delitos en el caso del allanamiento y los delitos de agresión sexual. Puede en este sentido citarse la STS 34/2016, de 2 de febrero, en la que se indica que el delito de allanamiento no se ve absorbido por el de agresión sexual, en tanto que nos encontramos ante bienes jurídicos protegidos diferentes: si solo se castiga el delito de agresión sexual, se queda sin tutelar la lesión a la intimidad domiciliaria de la víctima⁶⁸.

Así, ya se ha tratado en el primer capítulo de este trabajo que el bien jurídico protegido en el caso del allanamiento de morada es la intimidad domiciliaria. Por el contrario, en el caso de los delitos de agresión sexual, lo que se tutela es la libertad sexual, debiendo esta entenderse como la autodeterminación de la persona en la esfera sexual, sin que se le pueda imponer un acto sexual sin mediar su consentimiento⁶⁹.

Por ello, dado que claramente nos encontramos ante bienes jurídicos distintos, el delito de agresión sexual no absorbe el de allanamiento de morada, siendo perfectamente posible reconocer en estos casos concurso de delitos. Podemos así hablar de concurso medial cuando el allanamiento se utiliza como medio para ejecutar la agresión sexual (así se aprecia en la sentencia anteriormente citada).

Por otra parte, también sería posible el concurso medial con un delito de homicidio o asesinato. Por ejemplo, en la STS 700/2018, de 9 de enero, se señala que debe aplicarse la figura del concurso medial de delitos cuando el allanamiento se presenta como instrumental respecto del fin homicida perseguido. De nuevo, nos encontramos ante bienes jurídicos protegidos que resultan diferentes, sin que podamos hablar de consunción.

También se señala en la sentencia que, por darse dos tipos penales sustancialmente distintos, es perfectamente posible apreciar concurso con un delito de revelación de secretos. Se señala así que en el delito de robo en casa habitada existe un único hecho que lesiona un bien jurídico similar, protegido por normas concurrentes, razón por la cual no pueden apreciarse

68 STS 34/2016, de 2 de febrero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/593780010>

69 Díez Ripollés, J. (2000). "El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), p. 79

ambas figuras delictivas sin vulnerar el principio *non bis in ídem*. Por el contrario, “*el delito de revelación de secretos no precisa para su comisión la entrada en la morada de la víctima. Cada una de estas figuras protege bienes jurídicos diversos y no son excluyentes*” (FJ 7º)⁷⁰. Por tanto, sí que sería posible concurso entre el delito de allanamiento de morada y el de revelación de secretos.

2.5 Penalidad

En el caso del tipo básico del art. 202.1 CP, el precepto señala que se impondrá una pena de prisión de 6 meses a dos 2 años. Es decir, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 13 y 33 CP, nos encontraríamos ante un delito menos grave.

En el segundo inciso del precepto se prevé un subtipo agravado, que ha de aplicarse cuando el allanamiento se ejecutase con violencia o intimidación, caso en el cual la pena de prisión a imponer irá de 1 a 4 años, con multa de 6 a 12 meses.

Indica en este sentido Matía Portilla que el subtipo agravado comprende tanto la violencia o intimidación que se proyecta sobre las personas como la violencia material que se ejerce sobre las cosas, siempre que ello sea el medio de ejecución del allanamiento. Sería por ejemplo el caso de romper a patadas la puerta de entrada con el fin de cometer el allanamiento⁷¹.

Señala a estos efectos Sáinz-Cantero Caparrós que, si bien los conceptos de violencia e intimidación no presentan muchas novedades con respecto a su significado común a otras figuras delictivas, sí que se viene admitiendo la fuerza en las cosas, sin que sea necesaria fuerza o violencia en las personas⁷².

En este sentido cabe citar la STS 509/2012, de 19 de junio, donde se aprecia el subtipo agravado del allanamiento de morada por entrar los procesados en la morada tras derribar la

70 STS 700/2018, de 9 de enero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/762752125>

71 Matía Portilla, F. “Artículo 202”... op. cit. p. 706

72 Sáinz-Cantero Caparrós, J. “Delitos contra la intimidad...” ob. cit., p. 361

puerta a golpes, dándose fuerza en las cosas para violentar la resistencia ofrecida por la puerta cerrada por su morador. Se señala así que entrar con armas tras romper la puerta supone ejecutar el hecho con medios violentos, y que *“abrir de una patada una puerta, acceder al interior y disparar contra el morador no son actos que se realicen con la anuencia de éste último, siendo indiferente que la vivienda fuera propiedad del Banco Popular cuando se ha acreditado que constituía la morada de la víctima donde desarrollaba su ámbito exclusivo de privacidad”* (FJ 8º)⁷³.

Debe plantearse la cuestión de que si, a efectos del allanamiento de morada, ha de entenderse por violencia o fuerza en las cosas el uso de elementos como ganzúas, en tanto que ello se consideraría fuerza en las cosas a efecto del robo. Sin embargo, autores como Muñoz Conde rechazan esta interpretación, afirmando que debe darse fuerza en las personas o fuerza material y real en las cosas⁷⁴.

Como caso de intimidación, podría citarse la STS 474/2004, de 13 de abril, donde se relata como, con el fin de entrar en la morada, el agresor utilizó la amenaza de una navaja y la introducción de su pie en el quicio de la puerta, señalándose además en este caso la existencia de concurso medial con el posterior delito de agresión sexual⁷⁵.

Por último, y aunque el trabajo no tiene como objeto centrarse en esta cuestión, debe señalarse que, si el sujeto activo del delito no es un mero particular, sino una autoridad o funcionario público, se aplica el art. 204 CP, que establece en este caso aplicación de la pena del art. 202 en su mitad superior, con inhabilitación absoluta de 6 a 12 años. Así, en el caso de entrada ilegítima de unos agentes de policía en morada ajena, sería aplicable el art. 204 CP, delito especial, y no el art. 202 CP, donde puede ser sujeto activo cualquier particular que no tenga derecho a acceder a la morada. Nos encontramos así un delito especial impropio dirigido a generar una tutela cualificada de derechos fundamentales frente a conductas delictivas

⁷³ STS 509/2012, de 19 de junio. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ff667e70bd0311f5/20120716>

⁷⁴ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal* ...ob. cit. p. 251

⁷⁵ STS 474/2004, de 13 de abril. Disponible en: <https://vlex.es/vid/on-i-16810645>

provenientes de la autoridad⁷⁶. Así, el mayor reproche penal en estos casos se justifica en el hecho de que el sujeto activo es autoridad o funcionario público que actúa fuera del ámbito de sus legítimas atribuciones⁷⁷.

Puede citarse como ejemplo la STS 64/2013, de 29 de enero, en la que dos agentes de la Policía Nacional se dirigieron al domicilio de una persona con el fin de identificarla. Encontrándose en las escaleras del edificio, encontraron a una señora que se encontraba abriendo la puerta de la vivienda, por la que la abordaron solicitando información y entraron a la vivienda junto a ella, aprovechando uno de ellos para introducirse en dependencias interiores para registrarlas. En este caso, se les condena por entenderse que los agentes entraron con total ausencia de autorización, sin que la señora diese su consentimiento en modo alguno a la entrada en la vivienda, y menos aún al registro de dependencias⁷⁸.

Por otro lado, y si bien este caso aún no se ha celebrado el juicio oral, debe señalarse una noticia reciente: varios agentes de policía irrumpieron sin orden judicial en un piso de Madrid en el que se estaba celebrando una fiesta contraria a las medidas sanitarias vigentes, derribándose la puerta con un ariete.

Si bien en este caso se ha tratado de alegar que no habría morada por haberse dado la entrada en un piso turístico donde se celebraba una fiesta ilegal, nos parece claro que tales afirmaciones son incorrectas a la luz del concepto de morada que hemos analizado previamente, por lo que sí que se daría este delito: las habitaciones de hotel e incluso las tiendas de campaña pueden considerarse morada, por lo que desde luego tendrá tal consideración un piso turístico.

Igualmente, se ha alegado la posibilidad de que la entrada se justificase por existir delito flagrante (art. 18 CE) por concurrir delito de desobediencia al negarse las personas que se

76 Sáinz-Cantero Caparrós, J. “Delitos contra la intimidad...” ob. cit., p. 367

77 Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202” op. cit., p. 702

78 STS 64/2013, de 29 de enero. Disponible

en:<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea99fa030fc0f2fb/20130215>

encontraban dentro de la vivienda a abrir la puerta e identificarse⁷⁹. Desde el punto de vista personal, estas alegaciones nos parecen del todo irrazonables, en tanto que ya en la STS 45/2016, de 3 de febrero, se indicó que el hecho de no abrir la puerta a los agentes sería en todo caso una desobediencia leve sancionable en el ámbito administrativo, pero no en el ámbito penal⁸⁰.

A nuestro entender, y por estas razones, no sería posible hablar de delito flagrante. Además, si se entiende que los agentes pueden derribar la puerta por darse desobediencia del morador a la hora de abrir, consideramos personalmente que se estaría vaciando de contenido el derecho de inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE.

En todo caso, y como se ha dicho, no se ha celebrado aún el juicio oral con relación a estos seis agentes, y tendrán que tratarse otras cuestiones relevantes como la posible concurrencia de error. Personalmente, entendemos que esta futura sentencia será interesante por su relación con el delito que estamos tratando y por la protección adecuada de los derechos fundamentales.

3. ALLANAMIENTO Y USURPACIÓN

3.1 Diferencia del bien jurídico protegido

El tema de la conocida como “okupación” es ciertamente conocido en España, con generación de importante alarma social. Señala a estos efectos la anteriormente citada Instrucción de la

79 Instituto Superior de Seguridad Pública. (Consultado el 16 de enero de 2022). *La verdad de Lagasca*. Recuperado de <https://www.netpol.es/docs/LA%20VERDAD%20DE%20LAGASCA.pdf>

80 STS 45/2016, de 3 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

FGE de 2020 que la realidad social muestra que el fenómeno de la ocupación ha generado relevante preocupación y sensación de inseguridad en la ciudadanía⁸¹.

Es por ello relevante pasar a analizar el asunto desde el punto de vista penal, siendo posible adelantar que, comúnmente, el fenómeno okupa no está relacionado con el allanamiento de morada, sino con el delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 CP.

El tenor literal del precepto es el siguiente: *“el que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular; será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”*.

En primer lugar, podemos ver como la conducta típica resulta parecida a la tratada en materia de allanamiento de morada: ocupar un inmueble o mantenerse en él sin la voluntad del titular. Sin embargo, el elemento clave, entre otros que a continuación trataremos, es que se deja claro que el inmueble ocupado debe ser no constitutivo de morada.

Esta distinción puede explicarse si tenemos en cuenta la ubicación sistemática del art. 245.2 CP. En el primer capítulo de este trabajo ya analizamos la ubicación sistemática del delito de allanamiento de morada, indicando que el bien jurídico protegido es la intimidad domiciliaria. Pues bien, el art. 245.2 CP no se encuentra en el contexto de los delitos contra la intimidad, sino en el Título XIII del Libro II del Código: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Señala así Ramón Ribas que nos encontramos ante un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, siendo el bien jurídico protegido el disfrute tranquilo de los bienes inmuebles, con ausencia de perturbación en el ejercicio de cualquier derecho real que sobre ellos se ostenta⁸². En el mismo sentido, indica la STS 800/2014, de 12 de noviembre, que el bien jurídico protegido es *“el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como*

81 Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

82 Ramón Ribas, E. (2020). "El delito de ocupación ilegal no violenta de bienes inmuebles". *Estudios penales y criminológicos*, (40), p. 417

*delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito” (FJ 3º)*⁸³.

Podemos así observar que, mientras que en el allanamiento de morada el bien jurídico protegido viene a ser un derecho fundamental (art. 18 CE), no ocurre lo mismo en el caso del delito del art. 245.2 CP (la propiedad no es derecho fundamental a efectos del art. 53 CE), lo cual puede explicar por qué nos encontramos en este último caso ante una penalidad menor. Así, dada la diferencia del bien jurídico protegido que se lesiona, en el art. 245.2 CP nos encontramos ante un mero delito leve, castigado simplemente con multa.

Como indica Matía Portilla, el hecho de que el bien jurídico protegido en el allanamiento de morada no es la propiedad en sí misma queda claro del hecho de que es perfectamente posible que el propietario sea sujeto activo del delito de allanamiento, por ejemplo, si invade un inmueble de su propiedad que constituye morada ajena por encontrarse en tal momento arrendado⁸⁴.

El art. 245.2 tiene, así como objeto inmuebles que no sean constitutivos de morada, señalando Ramón Ribas que nos encontramos ante una regla de subsidiariedad expresa: el art. 245.2 CP solo se aplica en defecto del precepto principal, que sería el art. 202⁸⁵. Es decir, solo si la conducta consistente en ocupar o mantenerse en el inmueble no es constitutiva de allanamiento de morada (por no tener el inmueble tal condición), podemos pasar a analizar si hay delito de usurpación. Puede así decirse que existe entre ambas figuras una relación de exclusión, de forma que, cuando el inmueble que se ocupa resulta constitutivo de morada,

83 STS 800/2014, de 12 de noviembre. Disponible

en:https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionadoFinal.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC2NQW_CMAyFfw25IE0prEI75NL1NE1oGoW7m1hppBBD4hT677GAw5P95M_vXSvmZcA7G0sueFpfMEFUZUmUlrMZckXFMBajVzvbiDYKLFeIPVnTNE8XZhXgNFpRdpi7RTYmhviPRZC2VWWi2x7m4IEDpQ7yKzc4Z36OWut2s222n19qxlwEMKfgMTGqKfjpV8QvviBkO_2BRyPt9SwMfUC53N-XrjLL98jp8PTKRpk9MH5DxOTevQ8UlbK88wAAAA==WKE

84 Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202”... op. cit., p. 702

85 Ramón Ribas, E. “El delito de ocupación ilegal...” Ob. Cit. p. 407

queda vedada la aplicación del art. 245.2 CP, dándose aplicación del allanamiento de morada del art. 202.1⁸⁶.

Desde el punto de vista de los requisitos que han de concurrir para que se de el delito del art. 245.2 CP, la previamente citada STS de 12 de noviembre de 2014 viene a establecer ordenadamente los siguientes:

- a) Que en la ocupación no exista ni violencia ni intimidación, y que se lleve a cabo con respecto a un inmueble que no constituya morada.
- b) Que exista una cierta vocación de permanencia por parte de los sujetos activos.
- c) Que el sujeto activo carezca de cualquier título jurídico que legitime su posesión.
- d) Que se acredite voluntad contraria a la ocupación por parte del legítimo titular.
- e) Que exista dolo en el autor, incluyendo este el conocimiento de la ajenidad del bien y la ausencia de autorización. Es decir, no cabe comisión imprudente.

En definitiva, nos encontramos ante distinto objeto material del delito y ante distinto bien jurídico protegido, con diferente penalidad: mientras que el allanamiento de morada es un delito menos grave, el delito de usurpación del art. 245.2 CP es un delito leve, sancionado meramente con multa. Queda claro de esta forma que existe una mayor preocupación del legislador con relación a la protección de la intimidad domiciliar, sin que la mera propiedad sobre un inmueble tenga el rango de derecho fundamental⁸⁷.

3.2 La segunda vivienda

En el capítulo I del trabajo se trató el concepto de morada, y se hizo alusión a una relevante sentencia del TS que hemos de volver a citar en este aspecto concreto de la diferenciación

86 Mozas Pillado, J. (2020). *Ocupantes ilegales de inmuebles*. España: Atelier, p. 355

87 Mozas Pillado, J. (2020). *Ocupantes ilegales...* ob. cit. p. 353

entre allanamiento y usurpación. Así, como se ha dicho, si lo que se ocupa es una morada, hay delito de allanamiento de morada.

Por ello, no parece presentar más cuestiones el hecho de que, si alguien ocupa nuestra primera residencia, nos encontraríamos ante un allanamiento de morada, siendo posible solicitar intervención policial porque, como hemos dicho, hablamos de delito permanente, prolongándose la situación antijurídica mientras la persona se mantiene en la morada⁸⁸

Por otro lado, tampoco presenta mayores dudas el hecho de que, si se accede a una vivienda totalmente deshabitada (por ejemplo, un inmueble del banco o un inmueble que se recibe en herencia tras la muerte de los abuelos) no hablaríamos de allanamiento de morada: la ocupación no afecta a la intimidad domiciliaria, ni se da afectación al desarrollo de la vida privada, sino tan solo al derecho de propiedad que sobre el inmueble se ostenta⁸⁹.

La cuestión que podría plantearse es si una segunda vivienda (por ejemplo, la casa “del pueblo” o un inmueble que se usa en vacaciones) es susceptible o no de ser morada. Esta cuestión se ha aclarado totalmente de forma reciente, señalando Gutiérrez Albentosa que, a tenor de la jurisprudencia reciente, la segunda residencia es merecedora de la condición de morada y de la protección penal que a esta se atribuye. Es decir, si alguien ocupa una segunda residencia, se está cometiendo delito de allanamiento de morada del art. 202 CP⁹⁰.

En este sentido se pronunciaron tanto la Instrucción 1/2020 de la FGE como la STS 587/2020, de 6 de noviembre, ampliándose el concepto de morada a las segundas residencias. Ello ya se trató en el capítulo I del trabajo, y podemos recordar que esta última sentencia indica expresamente que debe darse esta protección también a los lugares en los que el individuo desarrolla su privacidad de forma alejada de la intromisión de terceros, aunque su estancia en

88 Jorge Barreiro, A. *El allanamiento...*, ob cit. p. 71

89 Luengo Zarzoso, M. *La protección penal del domicilio...* ob. cit. p. 186

90 Gutiérrez Albentosa, J. (2021). *El delito de ocupación de inmuebles en la jurisdicción de menores*. Diario La Ley. Recuperado de https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQQvCMAYFf429CLIpIh56mTuKiA7vWRu6Qm20Tef27w3TwCN55Eveu2CaO5xYG7Le0fqFEYlKc6Q4P3WXCiqGPutqdTC1aKvAcIHQktF1vTg_Yge9rhQli6mZZWJiCDfMguz3Kg_0ucDoHbCn2ED6_fXW6rarpHbbutod1YgpC6Af3mFkVIN3w1nEPz4jJDNCwaGW9PIUhjaQX9N_0xRmue453hevTJDeAuMJAKb7z_0CPpHvB_MAAAA=WKE#nDT0000321039_NOTA7

el lugar sea transitoria. Por tanto, en el caso de ocupación de segunda residencia, aunque esta se encuentre vacía al momento de la entrada, habría delito de allanamiento de morada del art. 202 CP.

En todo caso, no resulta fácil en la práctica de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad distinguir rápidamente cuándo la conducta es constitutiva de allanamiento y cuándo lo es de usurpación de inmuebles⁹¹. En el siguiente epígrafe se pasa a analizar cuestiones de aplicación que pueden surgir con respecto al delito de usurpación, así como las pautas de actuación vigentes tanto los agentes en función del tipo penal ante el que se encuentren.

3.3 Problemas de aplicación y pautas de actuación

Cuando se estudió el delito de allanamiento, ya se indicó que es perfectamente posible la concurrencia de causas de justificación genéricas, como por ejemplo sería el estado de necesidad. En el caso del delito de usurpación de inmuebles, puede plantearse la cuestión práctica de si cabe alegar estado de necesidad como causa de justificación. Es decir, ¿es posible la exclusión de la responsabilidad penal en caso de que el ocupante alegue no tener otra alternativa para satisfacer sus necesidades de vivienda y las de su familia?

En primer lugar, debemos recordar los requisitos genéricos para la apreciación del estado de necesidad, indicando Roldán Barbero que debe existir una situación de peligro real e inminente contra un bien jurídico propio o ajeno, siendo la única alternativa para evitarlo el de causar un mal a otro bien jurídico. Además, debe acreditarse que el mal causado no es superior al que se pretende evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada de forma intencionada por la persona, que no tenga obligación de sacrificarse y que no exista un modo menos lesivo de evitar el mal que pende sobre la persona⁹². Es especialmente este último requisito el que suele evitar que se aprecie estado de necesidad en los casos de ocupación.

91 Mozas Pillado, J. (2020). *Ocupantes ilegales...* ob. cit. p. 353

92 Roldán Barbero, H. (2016). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. España: Editorial Comares, p. 121

Así, este requisito de subsidiariedad supone que el sujeto activo no tenía posibilidades reales de acudir a medios lícitos menos gravosos que los empleados. Es decir, si hubiese sido pensable una actuación no lesiva que preservarse el bien que se quiere proteger, hablaríamos de un exceso intensivo⁹³.

Por ejemplo, en un caso en el que se alegó estado de necesidad con relación al hurto de alimentos para comer (hurto famélico), la SAP de Zaragoza 97/2012, de 28 de marzo, condenó a las acusadas por considerar que no se cumplía el requisito de la subsidiariedad, en tanto que hubiese sido posible acudir a alternativas lícitas para comer, como por ejemplo sería acudir a la beneficencia o a familiares⁹⁴.

Por ello, y en materia de ocupación, indica Mirapeix Lacasa que lo común es que, mayoritariamente, los tribunales rechacen la concurrencia de estado de necesidad por no haberse agotado todos los medios menos lesivos antes de procederse a la ocupación del inmueble. Generalmente, se alega que el sujeto podría haber buscado alojamiento en domicilio de un pariente o haber solicitado ayudas de carácter público⁹⁵.

En este sentido puede citarse la SAP de Madrid 217/1998, de 5 mayo. En ella, el ocupante alegó que se vio forzado a ello por total carencia de vivienda propia. Sin embargo, la Audiencia desestima sus argumentos indicando que no se había acreditado el agotamiento de otras soluciones posibles. En concreto se indica que, si bien no puede negarse la situación de indigencia del sujeto, *“se desconoce por la falta de prueba al respecto cual era la situación del acusado, cual era su residencia, si vivía con algún familiar, si realmente se encontraba sin un techo donde cobijarse, se ignora también si acudió en busca de ayuda social que prestan las instituciones municipales o autonómicas en Madrid”* (FJ 1º)⁹⁶.

93 Mirapeix Lacasa, N. (2018). “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), p. 17

94 SAP de Zaragoza 97/2012, de 28 de marzo. Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/831095c6f6b4c690/20120420>

95 Mirapeix Lacasa, N. (2018). “Las ocupaciones de inmuebles...” ob. cit. p. 21

96 SAP de Madrid 217/1998, de 5 mayo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39c3312e6ee32967/20050414>

Sí que debe indicarse que se ha dado algún caso en el cual se ha aplicado la atenuación analógica del art. 21.7 CP como situación análoga a la exención incompleta por estado de necesidad. Puede en este sentido citarse la SAP de Madrid 629/2004, de 24 de junio, en un caso en el que la ocupante y sus hijos entraron a una vivienda de IVIMA tras haberles denegado tal organismo la concesión de esta. Indica la AP que no puede acreditarse haber acudido a otras vías, como sería la protección de los sistemas de asistencia social, pero que *“la negativa del IVIMA a conceder a la acusada una vivienda que solicitó y el hecho de que ésta tuviera tres hijos menores a su cargo justificaron la atenuante que apreció la juzgadora de instancia”* (FJ 4º)⁹⁷.

Por último, en este apartado, debe tratarse la cuestión de las pautas de actuación de los agentes de policía en función de que se encuentren ante un delito de allanamiento de morada o ante un delito de usurpación. Para ello, acudimos a lo indicado por la FGE en la ya citada Instrucción de 2020 y a lo señalado en la vigente Instrucción 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la cual se establece un protocolo de actuación para estos casos.

Como ya se indicó, el delito de allanamiento de morada es un delito permanente, de forma que sigue dándose lesión de la intimidad domiciliaria mientras el sujeto siga sin dejar la morada⁹⁸. En estos casos, el protocolo vigente para los agentes establece que debe instruirse atestado y actuarse con el fin de evitar que la situación se prolongue en el tiempo y produzca mayores perjuicios.

De esta forma, si estamos ante allanamiento, el protocolo indica que es posible el desalojo de los ocupantes por la propia autoridad de los agentes: al darse un delito de carácter permanente, es posible acreditar la existencia de flagrancia delictiva sin que tal elemento tenga que vincularse a la superación o no de plazo temporal alguno, bastando con que los agentes hayan presenciado los hechos, hubieren sido alertados por vecinos, sistemas de seguridad u otras vías. Asimismo, los agentes adoptarán las medidas de seguridad pertinentes

⁹⁷SAP de Madrid 629/2004, de 24 de junio. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3fb208e9b218282f/20040923>

⁹⁸ Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

para evitar que, tras el desalojo, vuelva a darse allanamiento⁹⁹. Igualmente, la Instrucción de la FGE indica que, si aparecen indicios relevantes de la comisión de allanamiento, el Ministerio Fiscal debe solicitar la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble¹⁰⁰.

Por el contrario, en los casos de usurpación de inmuebles, se indica que *“la falta de constatación de la comisión del delito supone la imposibilidad de acceder o desalojar el inmueble en cuestión, salvo que se disponga de una previa autorización judicial que así lo acuerde”*. Por lo tanto, en estos casos no cabe desalojo inmediato salvo que se descubra a los ocupantes en el momento de entrada¹⁰¹.

En cuanto a la solicitud de medida cautelar de desalojo y restitución, el Ministerio Fiscal la pedirá cuando se constate que la concreta usurpación no solo lesiona el ius possidendi de la víctima, sino que también es susceptible de causar grave quiebra del ius possessionis, es decir, de la tenencia material y concreta sobre el bien. Vemos así como se exigen más requisitos en el caso de la usurpación¹⁰². En todo caso, también puede acudir al interdicto de recuperar la posesión previsto en la LEC.

99 Instrucción 6/2020 de la SEG por la que se establece el protocolo de actuación ante la ocupación ilegal de inmuebles. Disponible en: https://www.graduadosocial.org/docs/PRL/instruccion-6_2020-ses-protocolo-okupas_.pdf

100 Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

101 Instrucción 6/2020 de la SEG por la que se establece el protocolo de actuación ante la ocupación ilegal de inmuebles. Disponible en: https://www.graduadosocial.org/docs/PRL/instruccion-6_2020-ses-protocolo-okupas_.pdf

102 Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

CONCLUSIONES

Tras la realización de este trabajo, pueden precisarse de forma sintética las siguientes conclusiones:

- De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada es la intimidad domiciliaria derivada del art. 18 CE. No se está así protegiendo la propiedad o derecho real que se ostenta sobre el inmueble, sino la existencia de un reducto inmediato de la persona, reducto donde esta debe estar preservada de cualquier tipo de intromisión ilícita. Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre con el delito de usurpación, donde sí se protegen derechos patrimoniales, en el allanamiento de morada lo relevante no es en sí el espacio físico, sino el hecho de que en él se desarrolla la vida privada de la persona. Puede así indicarse que el autor del delito de allanamiento de morada estaría atentando contra la intimidad de la víctima, ocasionando intromisión en el lugar donde esta desarrolla su vida privada.
- Cuando hablamos de morada, aludimos al espacio cerrado destinado a fines propios de la vida privada, encontrándose este separado del mundo exterior, evidenciándose voluntad del morador de excluir la intervención de terceros. Además, y para que se aprecie el concepto de morada, resultaría irrelevante que el morador se encontrase ausente de la morada al momento de entrada inconstentida de un tercero. La morada abarcaría así todos aquellos lugares reservados a una persona y destinados a su vida privada, con separación del mundo exterior, algo que incluso podría aplicarse a una habitación de hotel o a una tienda de campaña. Además, la jurisprudencia reciente ha indicado expresamente que las segundas residencias también tienen la consideración de morada, de forma que la ocupación de una vivienda así tendría la consideración de allanamiento de morada, y no de mera usurpación de inmuebles.

- El sujeto activo del delito de allanamiento de morada del art. 202 CP puede ser cualquier particular que no tenga derecho a entrar en morada ajena: si el delito lo comete una autoridad o funcionario, el precepto aplicable es el art. 204 CP. En cuanto a la conducta típica, puede consistir en entrar en morada ajena sin derecho a ello o en mantenerse en morada ajena contra la voluntad del titular. En el caso de que existan varios titulares, consintiendo uno la conducta y prohibiéndola otro, la doctrina considera que prevalece la voluntad de este último. Por ello, ante el problema de la divergencia de voluntades entre varios moradores que tienen idéntico derecho, debe primar la voluntad del morador que prohíbe la entrada, planteando algunos autores incluso la posibilidad participación en el delito por parte de aquel morador que facilita la entrada a sabiendas de la voluntad de exclusión de los demás. En todo caso, la voluntad de exclusión del morador no tiene por qué ser expresa y directa, siendo suficiente con que pueda deducirse de las circunstancias del hecho de forma lógica y racional.
- Desde el punto de vista subjetivo, no cabe la comisión imprudente, exigiéndose la concurrencia de dolo genérico: el sujeto activo es plenamente consciente de que está entrando en morada ajena (o manteniéndose en ella) contra la voluntad del titular de la misma. La mayoría doctrinal y la jurisprudencia coinciden en indicar que basta con un dolo genérico, sin exigirse ánimo subjetivo concreto de lesionar la intimidad de la persona. Al no ser posible la comisión imprudente, el error de tipo implicaría impunidad.
- El delito de allanamiento de morada no es un delito de resultado material, sino un delito de simple actividad que se consuma con la mera realización de la conducta típica. Se consuma o con la entrada del sujeto activo en la morada ajena o con su mantenimiento en ella contra la voluntad del titular, exigiéndose en este último caso que pase un tiempo superior al preciso para irse una vez que se conoce claramente la voluntad del morador. No obstante, con relación a la entrada, sí que cabe la tentativa, cuando se llevan actos tendentes a lograr la entrada, sin completarse esta por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo. Cabe la inducción, la cooperación necesaria y la

autoría. Es relevante indicar que hablamos de delito permanente, de forma que se da lesión de la intimidad domiciliaria mientras el sujeto siga dentro de la morada.

- Desde el punto de vista concursal, debe respetarse el principio *non bis in ídem*: si hay robo en casa habitada y allanamiento, el primer delito absorbe el de allanamiento por razón del principio de consunción. No obstante, sí que es posible apreciar concurso medial en otros casos, como sería el caso de allanamiento y agresión sexual o allanamiento y homicidio o asesinato.
- Con respecto al subtipo agravado por concurrencia de violencia o intimidación, debe indicarse que la jurisprudencia viene admitiendo la fuerza en las cosas, como sería por ejemplo el caso de la persona que entra en la morada tras derribar la puerta a patadas. No parece que puedan considerarse fuerza en las cosas otros fenómenos en los que no concurre fuerza material, como por ejemplo sería el caso del empleo de ganzúas. Debe asimismo destacarse que, por su lado, el art. 204 CP prevé un delito especial que se da cuando el allanamiento lo lleva a cabo una autoridad o funcionario público fuera del ejercicio de sus legítimas atribuciones. Podría darse así este delito en el caso de que unos agentes de policía entrasen en una morada para identificar a las personas que en ella celebran una fiesta ilegal durante la pandemia, sin concurrir ni consentimiento ni orden judicial. No parece razonable que en un caso así pueda hablarse de delito flagrante de desobediencia por la negativa a abrir, pues ello dejaría vacío de contenido el derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- En el caso del delito de usurpación de inmuebles puede plantearse teóricamente la posibilidad de reconocer concurrencia de estado de necesidad como causa de justificación si se acredita que el sujeto ocupó el inmueble no constitutivo de morada por no tener otra opción para satisfacer sus necesidades de vivienda. En la práctica judicial, no obstante, no se suele apreciar estado de necesidad por no satisfacerse el elemento de subsidiariedad, es decir, por no acreditarse la imposibilidad de acudir a otros medios, como sería la ayuda de familiares. No obstante, sí que hay alguna

resolución en la que se aplica la atenuante analógica del art. 21.7 CP por analogía a la eximente incompleta por estado de necesidad.

- En materia de pautas de actuación para el Ministerio Fiscal y agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, debe indicarse la mayor facilidad de lograr desalojo inmediato del inmueble en los casos de allanamiento de morada. Lo mismo sucede con relación a la solicitud por parte del Ministerio Fiscal de la medida cautelar consistente en el desalojo: se produce en el allanamiento si hay indicios de comisión del delito, mientras que en la usurpación debe acreditarse no solo perjuicio para el ius possidendi, sino también para el ius possessionis.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

Díez Ripollés, J. (2000). “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 69-101

Jorge Barreiro, A. (1987). *El allanamiento de morada*. Madrid: Editorial Tecnos.

Gutiérrez Albentosa, J. (2021). “El delito de ocupación de inmuebles en la jurisdicción de menores. Diario La Ley”. Recuperado de https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2NQQvCMAyFf429CLIpIh56mTuKiA7vWRu6Qm20Tef27w3TwCN55Eveu2CaO5xYG7Le0fqFEYLKc6Q4P3WXCiqGPutqdTC1aKvAcIHQktF1vTg_Yge9rhQli6mZZWJiCDfMguz3Kg_0ucDoHbCn2ED6_fXW6rarpHbbutod1YgpC6Af3mFkVIN3w1nEPz4jJDNcwaGW9PIUhjaQX9N_0xRmue453hevTJDeAuMJAk7z_0CPpHvB_MAAAA=WKE#nDT0000321039_NOTA7

Instituto Superior de Seguridad Pública. (Consultado el 16 de enero de 2022). *La verdad de Lagasca*. Recuperado de <https://www.netpol.es/docs/LA%20VERDAD%20DE%20LAGASCA.pdf>

Lascuráin Sánchez, J. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. España: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Liñán Lafuente, A. (2021). *Trazos de Derecho penal Parte especial*. España: E-prints

Luengo Zarzoso, M. (2015). *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios*. Valencia: Ministerio de Defensa

Luis Alonso, A. (1993). *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Colex

Martínez Escamilla, M. (2012). *Derecho Penal: Introducción a la Teoría Jurídica del Delito*. Madrid: Universidad Complutense

Martos Nuñez, J. (1996). “Delitos contra la inviolabilidad del domicilio”. En *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. España, Universidad de Córdoba

Matía Portilla, F. (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Madrid: McGraw Hill

Matía Portilla, F. (2015). “Artículo 202”. En *Comentarios prácticos al Código Penal: los delitos contra las personas*. España: Thomson Reuters.

Mirapeix Lacasa, N. (2018). “Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 1-41

Mozas Pillado, J. (2020). *Ocupantes ilegales de inmuebles*. España: Atelier

Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Navas Sánchez, M. (2011). “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. *Revista de derecho político*, (81)

Ramón Ribas, E. (2020). "El delito de ocupación ilegal no violenta de bienes inmuebles". *Estudios penales y criminológicos*, (40), 405-469

Roldán Barbero, H. (2016). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. España: Editorial Comares, p. 121

Ruiz Gómez, A. (2005). “Fraude de subvenciones y estafa: aspectos concursales”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, (23), 133-163

Sáinz-Cantero Caparrós, J. (2020). “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En *Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos

Sáinz Moran, A. (2006). *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant, p. 41

Serrano Gómez, A. & Serrano Maíllo, A. (2011). *Derecho Penal: Parte Especial*. Madrid: Editorial Dykinson

Legislación

Constitución de 1978

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia y FGE

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1981, de 30 de enero. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2>

Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/275>

Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1995, de 25 de julio. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2980>

Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4797>

Sentencia del Tribunal Supremo 1143/1989, de 18 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e84a075b89169c4/20051215>

Sentencia del Tribunal Supremo 2247/1992, de 17 de marzo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4ed3a5c945309c5a/20030918>

Sentencia del Tribunal Supremo 1789/1999, de 28 de noviembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ff5cec46f19b3f4/19960103>

Sentencia del Tribunal Supremo 1048/2000, de 14 de junio. Disponible en: <https://vlex.es/vid/allanamiento-morada-dolo-especifico-i-15202290>

Sentencia del Tribunal Supremo 1775/2000, de 17 de noviembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/allanamiento-morada-da-lesiones15199843>

Sentencia del Tribunal Supremo 474/2004, de 13 de abril. Disponible en: <https://vlex.es/vid/on-i-16810645>

Sentencia del Tribunal Supremo 2011/2004, de 29 de septiembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/declaraci-v-ctima-motivaci-esp-rea17446911>

Sentencia del Tribunal Supremo 2/2008, de 16 de enero. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-2-2008-ts-sala-penal-sec-1-rec-10392-2007-16-01-2008-4241261>

Sentencia del Tribunal Supremo 1231/2009, de 25 de noviembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f46042deec1d558/20091223>

Sentencia del Tribunal Supremo 20/2010, de 29 de enero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a3633f48750c442b/20100218>

Sentencia del Tribunal Supremo 509/2012, de 19 de junio. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ff667e70bd0311f5/20120716>

Sentencia del Tribunal Supremo 64/2013, de 29 de enero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea99fa030fc0f2fb/20130215>

Sentencia del Tribunal Supremo 800/2014, de 12 de noviembre. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionadoFinal.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAC2NQW CMAYFfw25IE0prEI75NL1NE1oGoW7m1hppBBD4hT677GAw5P95M vXSvmZcA7G0sueFpfMEFUZUmUlrMZckXFMBajVzvbiDYKLFeIPVnTNE8XZhgxNFp Rdpi7RTYmhviPRZC2VWWi2x7m4IEDpQ7yKzc4Z36OWut2s222n19qxlwEMKfgMTGqK fjpV8QvviBkO_2BRyPt9SwMfUC53N- XrjLL98jp8PTKRpk9MH5DxOTevQ8UlbK88wAAAA==WKE

Sentencia del Tribunal Supremo 852/2014, de 11 de diciembre. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a228f62a48a817e7/20150116>

Sentencia del Tribunal Supremo 692/2014, de 29 de octubre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/542199030>

Sentencia del Tribunal Supremo 852/2014. de 11 de diciembre. Disponible en: <https://vlex.es/vid/553470730>

Sentencia del Tribunal Supremo 34/2016, de 2 de febrero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/593780010>

Sentencia del Tribunal Supremo 45/2016, de 3 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Sentencia del Tribunal Supremo 520/2017. de 6 de julio. Disponible en: <https://vlex.es/vid/690746029>

Sentencia del Tribunal Supremo 700/2018, de 9 de enero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/762752125>

Sentencia del Tribunal Supremo 587/2020, de 6 de noviembre. Disponible en <https://vlex.es/vid/851977425>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 217/1998, de 5 mayo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/39c3312e6ee32967/20050414>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 629/2004, de 24 de junio. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3fb208e9b218282f/20040923>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 97/2012. de 28 de marzo. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/831095c6f6b4c690/20120420>

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 15/2015, de 9 de abril. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/885a0e8a9d8ede76/20150610>

Instrucción 1/2020 de la FGE. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/pdfs/BOE-A-2020-11243.pdf>

Instrucción 6/2020 de la SES por la que se establece el protocolo de actuación ante la ocupación ilegal de inmuebles. Disponible en: https://www.graduadosocial.org/docs/PRL/instruccion-6_2020-ses-protocolo-okupas_.pdf