Instrucción nº 1/2020, de 15 de septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles

1. Consideraciones preliminares. 2. La delimitación entre el delito de allanamiento de morada y el delito de usurpación de bienes inmuebles. Breve análisis del concepto de morada. 3. Medidas cautelares en procedimientos penales por delitos de allanamiento de morada y usurpación. 3.1 Planteamiento de la cuestión. 3.2 *Notitia criminis.* 3.3 Solicitud de la medida cautelar. *Fumus boni iuris, periculum in mora* y juicio de proporcionalidad. 3.4 Trámite. Posible audiencia del/de la investigado/a. Medida cautelar *inaudita parte*. 4. Conclusiones

1. Consideraciones preliminares

La realidad social evidencia que la ocupación de bienes inmuebles constituye un fenómeno que, desde su misma aparición, ha generado y genera preocupación social y una innegable sensación de inseguridad en la ciudadanía. A los perjuicios que estas acciones ocasionan a los titulares de los inmuebles ocupados, se unen los problemas de convivencia a que pueden dar lugar en el entorno social en el que las mismas se producen.

Tampoco es nueva la preocupación del Ministerio Fiscal frente a estos ilícitos. Así, por ejemplo, en el capítulo referido a las *Propuestas de Reformas Legislativa*s de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, se sugería la modificación del art. 13 LECrim a los efectos de incluir como medida cautelar específica la *restitución de los bienes sustraídos o usurpados a sus legítimos titulares,* sin perjuicio de que el citado precepto ya habilita al juez para acordar el acceso urgente a la vivienda de aquella persona que se haya visto desposeída de la misma como consecuencia de hechos presuntamente delictivos, cuestión que es objeto de especial tratamiento en esta instrucción.

Se trata, por lo demás, de una problemática que no presenta la misma incidencia en todos los lugares. En tal sentido, la Fiscalía ha facilitado algunas respuestas particulares a nivel territorial, como en el caso de la Comunidad Autónoma de Illes Balears -Instrucción del Fiscal Superior de 10 de junio de 2018- y, más recientemente, en la Fiscalía Provincial de Valencia, con el dictado del Decreto de 20 de agosto de 2020.

Estas últimas iniciativas son consecuencia principalmente de la detección de un cambio cualitativo en la incidencia de este tipo de delitos. Según apuntan los indicadores de que se dispone[1], en un porcentaje no despreciable de los casos, las ocupaciones de inmuebles se llevan a cabo en el ámbito de lo que denominamos delincuencia organizada, es decir, por parte de grupos u organizaciones criminales de carácter nacional o transnacional, capaces de intensificar la gravedad del ataque a los bienes jurídicos protegidos en cada caso, ampliar fácilmente su radio de acción y persistir en su ilícito proceder en perjuicio de los legítimos titulares de los inmuebles, enfrentados en ocasiones a una indeseable sensación de impotencia.

Como recuerda el preámbulo de la Ley 5/2018, de 11 de junio, *de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas,* «Como consecuencia de la compleja y dura realidad socioeconómica, se ha producido en los últimos años un considerable número de desahucios de personas y familias en sobrevenida situación de vulnerabilidad económica y de exclusión residencial. [...] De forma casi simultánea, y en la mayor parte de los casos sin que exista relación alguna con situaciones de extrema necesidad, han aparecido también fenómenos de ocupación ilegal premeditada con finalidad lucrativa, que, aprovechando de forma muy reprobable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema

[1] Fiscalia General del Estado, Ministerio del Interior e Instituto Nacional de Estadística, entre otros.

para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad. Incluso, se han llegado a ocupar ilegalmente viviendas de alquiler social de personas en situación económica muy precaria o propiedad de ancianos con pocos recursos, y para abandonarlas se les ha exigido el pago de cantidades a cambio de un techo inmediato, o se ha extorsionado al propietario o poseedor legítimo de la vivienda para obtener una compensación económica como condición para recuperar la vivienda de su propiedad o que legítimamente venía poseyendo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 13 de diciembre de 2018 -*asunto Casa di Cura Valle Fiorita SRL contra Italia*-, recuerda que la demora prolongada de las autoridades públicas en la ejecución del desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble -aun en aquellos casos en los que obedezca a la necesidad de planificar y garantizar la asistencia social a las personas en situación de vulnerabilidad-, vulnera el derecho del poseedor legítimo a un proceso equitativo del art. 6.1 CEDH, así como, en su caso, el derecho de propiedad proclamado en el art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH.

Frente a una realidad de alcance transnacional y perfiles muy diversos, son numerosos los países de nuestro entorno que disponen de vías legales preferentemente orientadas a la recuperación de la posesión del inmueble ilícitamente ocupado en plazos muy breves. A título de ejemplo pueden citarse los casos de Holanda, donde es posible recuperar la posesión del bien inmueble si el ocupante no dispone de título y la denuncia policial se acompaña de aquel que acredite la propiedad; Alemania y Francia, cuyas policías están facultadas para desalojar en determinados casos en tan solo 24 y 48 horas, respectivamente; o Italia, donde es el juzgado el que da orden inmediata a la policía para recuperar la posesión, una vez acreditadas la propiedad del bien y la inexistencia de título por parte del ocupante.

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece respuestas desde ámbitos sustantivos y jurisdicciones a su vez diferentes. También en el contexto específico del procedimiento penal, resultando en este caso particularmente relevante una minuciosa toma en consideración de las circunstancias concretas de cada caso.

Dos son los tipos penales que describen y sancionan las conductas a que hace prioritaria referencia esta instrucción: el allanamiento de morada del art. 202.1 CP[2], para el que se prevé una pena menos grave [art 3.3.a) CP] y cuyo conocimiento corresponde al Tribunal del Jurado [art 1.1.d) LOTJ], y la usurpación pacífica de bienes inmuebles, delito previsto y penado en el art. 245.2 CP[3], configurado como delito leve [art 3.4.g) CP] y castigado con pena de multa.

La tipificación de estas acciones sanciona dos modalidades de ocupación no consentida de un inmueble, dotando así a los bienes jurídicos tutelados en cada caso de una protección reforzada: la intimidad de la persona referida al ámbito de la morada, en el allanamiento; y el patrimonio inmobiliario, entendido como el disfrute pacífico de los bienes inmuebles, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión, el dominio o cualquier otro derecho real o personal sobre los mismos, en la usurpación; de modo que el titular dispone de un instrumento de defensa penal que refuerza la protección administrativa y la tutela civil posesoria.

---

[2] **Art. 202.1 CP** «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Ubicación. Capítulo II «Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público» del título X «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio».

[3] **Art. 245.2 CP** «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».

Ubicación. Capítulo V «De la usurpación", Título XIII "delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico».

A las anteriores infracciones se añade últimamente la apuntada detección de colectivos organizados que inciden en estas conductas, convertidos en ilícitas y muy lucrativas *empresas inmobiliarias* de lo ajeno. El Código Penal sanciona con dureza estos comportamientos a través de los tipos penales de organización y grupo criminal (arts. 570 *bis* a 570 *ter*[4] CP), susceptibles de concurrir con los delitos mencionados en primer término. Las anteriores infracciones son, pues, merecedoras de una minuciosa investigación tanto policial como judicial, así como del rigor y la prontitud a la hora de solicitar las medidas cautelares pertinentes por parte del Ministerio Fiscal.

Así las cosas, la presente instrucción pretende ofrecer a las/los Sras./Sres. Fiscales la recopilación y el análisis sistematizado de las herramientas legales que expresamente prevé la legislación penal vigente, facilitando el ejercicio de nuestra función en defensa de la legalidad y los derechos y legítimos intereses de las víctimas y los/las perjudicados/as por estas infracciones con arreglo a criterios uniformes, también en esta específica materia.

2. La delimitación entre el delito de allanamiento de morada y el delito de usurpación de bienes inmuebles. Breve análisis del concepto de morada

Según dispone la STS nº 800/2014, de 12 de noviembre -y en similares términos, el ATS nº 1114/2017, de 6 de julio, y la STS nº 143/2011, de 2 de marzo-, «La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su

---

[4] **Artículo 570 *bis*** «A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos».

Artículo 570 *ter* «A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».

Ubicación. CAPÍTULO VI «De las organizaciones y grupos criminales» TÍTULO XXII «Delitos contra el orden público».

comisión los siguientes elementos: a) La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia. b) Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (art. 49.3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). c) Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión. d) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio "contra la voluntad de su titular", voluntad que deberá ser expresa. e) Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la "ajenidad" del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectar al bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada».

Doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que, además de los bienes jurídicos protegidos, la principal diferencia entre el delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP y el de allanamiento de morada del art. 202.1 CP radica en el distinto objeto material sobre el que recae la acción típica. Mientras en el tipo descrito por el art. 245.2 CP el supuesto de hecho contemplado por la norma tiene por objeto los *inmuebles, viviendas o edificios ajenos que no constituyan morada*, en el delito de allanamiento de morada el objeto del delito se identifica -valga la redundancia- con la noción de morada.

Tradicionalmente, el término *morada* se ha venido definiendo como aquel espacio en el que el individuo vive sin hallarse necesariamente sujeto a los usos

y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima. De este modo, las ideas de *vida privada* e *intimidad* se erigen en los conceptos rectores que guían dicha definición. De ahí, precisamente, que la aptitud para que en un espacio se desarrolle la vida privada -unido a su efectivo desarrollo- sea lo que determine que ese espacio pueda ser considerado morada -*vid.* SSTC nº 209/2007, de 24 de septiembre; 94/1999, de 31 de mayo; 283/2000, de 27 de noviembre; 69/1999, de 26 de abril; 50/1995, de 23 de febrero; 22/1984, de 17 de febrero-.

Como expresa la STS nº 1231/2009, de 25 de noviembre -y en similar sentido las SSTS nº 731/2013, de 7 de octubre, y 520/2017, de 6 de julio-, «el delito de allanamiento de morada tutela derechos personalísimos como la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona 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 [...]. El derecho a la intimidad es la clave con la que debe ser interpretado el art. 202, de suerte que el elemento objetivo del tipo en esta norma debe entenderse que concurre siempre que resulte lesionada o gravemente amenazada».

Habrá de recordarse, además, que el elemento objetivo descrito por el art. 202 CP concurrirá «siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito. No exigiendo el tipo diseñado por el legislador un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se "ponga" el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización» (ATS nº 464/2020, de 25 de junio, y STS nº 520/2017, de 6 de julio).

Esta lesión antijurídica se aprecia igualmente en el caso de las segundas residencias -incluso durante el período en que las mismas no se encuentren habitadas, siempre y cuando conserven aquella condición-, tal y como refiere la STS nº 852/2014, de 11 de diciembre -*vid.* asimismo STS nº 731/2013, de 7 octubre, y ATS nº 959/2009, de 16 de abril-: «En atención a los hechos probados, puede afirmarse, pues, que se trataba de una vivienda, y de la fundamentación jurídica no resulta que careciese de las características propias de la misma, constando que el denunciante acudía allí a pasar algunos ratos. En esas circunstancias no es relevante que el lugar constituyera su primera o segunda vivienda, sino si, cuando se encontraba en el lugar, aunque fuera ocasionalmente, utilizaba la vivienda con arreglo a su naturaleza, es decir, como un espacio en el que desarrollaba aspectos de su privacidad».

Por su parte, la STC nº 10/2002, de 17 de enero, -en similares términos, también la STC nº 189/2004, de 2 de noviembre-, establece que «tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio [...]. En aplicación de esta genérica doctrina, hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5) [...], resultando irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar la vida privada».

Así pues, a la hora de valorar la calificación jurídico-penal de los hechos, además de las primeras residencias, se consideran morada las denominadas segundas residencias o residencias de temporada, siempre que en las mismas se desarrolle, aun de modo eventual, la vida privada de sus legítimos poseedores.

3. Medidas cautelares en procedimientos penales por delitos de allanamiento de morada y usurpación

3.1. Planteamiento de la cuestión

Como es sabido, la investigación del delito de allanamiento de morada debe acomodarse a los trámites del procedimiento ante el Tribunal del Jurado [art. 1.2.d) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado], o, excepcionalmente, al de las diligencias previas o el sumario, de conformidad con las previsiones del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, sobre la *Incidencia en la competencia del Tribunal del Jurado de las reglas de conexidad tras la modificación del art. 264 LOPJ.*

Por su parte, y dado que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, sin llegar a afectar la redacción del artículo 245.2 del Código Penal, transmutó su condición de delito menos grave a leve, las denuncias por ocupación pacífica de inmuebles cursan conforme al procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves (arts. 962 y siguientes LECrim). En este ámbito, si bien es cierto que el art. 964 LECrim posibilita a los jueces para que sobresean las actuaciones por delito leve a instancia del Ministerio Fiscal por razones de oportunidad, la Circular 1/2015 de la FGE, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015*, establece respecto del delito del artículo 245.2 CP que «se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de

inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal».

La STC nº 328/1994, de 12 de diciembre, en referencia a las extintas faltas y con apoyo en la STC nº 150/1989, de 25 de septiembre, ya puso de relieve que la ausencia de prescripción alguna en la LECrim que consagre la existencia de una fase instructora, no impedía que el juez efectuase con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias dirigidas a preparar el juicio oral mediante la realización de los actos de investigación imprescindibles para la determinación del hecho y de su presunto autor.

En esta misma dirección, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 2ª, de 27 de noviembre de 2019 establece que «si bien el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es donde se encuentra la regulación del proceso por delito leve, no hay previsión expresa de que se practiquen diligencias de investigación, no significa que no puedan realizarse más actuaciones que las que allí aparecen. La falta de previsión expresa no comporta que en el proceso por delito leve no puedan y deban practicarse diligencias necesarias para la celebración del juicio, con independencia de la denominación que se les dé. El legislador parece haber optado por calificarlas de diligencias de instrucción, pues la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dice *Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves. La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciará conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves.* En cualquier caso, es habitual la práctica de dichas diligencias (...) y es de lógica que sea así, pues lo contrario podría llevar a una incomprensible impunidad en algunos casos

y a la vulneración del derecho de la víctima y del Ministerio Fiscal a la tutela judicial efectiva».

En similar sentido se pronuncian los Autos de la AP de Barcelona, Sección 9ª, de 23 de diciembre de 2019 y de la AP de Valencia, Sección 5ª, de 5 de julio y 13 de septiembre de 2019.

Las consideraciones efectuadas hasta este momento evidencian la extraordinaria utilidad de contar -desde la fase embrionaria de cada procedimiento-, con la información más completa posible respecto de las circunstancias concurrentes en cada caso, posibilitando la determinación de cuál sea el título de imputación susceptible de ser invocado y la pertinencia de formular con prontitud la correspondiente solicitud de medidas cautelares por parte del Ministerio Fiscal.

Así pues, si la denuncia se formula en sede policial -supuesto más frecuente en la práctica- se habrá de procurar que el atestado incluya los documentos, declaraciones y cualesquiera otras fuentes de prueba que sirvan al efecto de determinar no solo el título acreditativo de la lesión del derecho invocado por el/la denunciante, sino también las circunstancias espacio-temporales en las que se haya producido la ocupación del inmueble, la identidad y número de los/as posibles autores/as, su eventual estructura organizativa, la finalidad perseguida con la ocupación y cualesquiera otras variables relevantes a los fines de determinar la índole delictiva de los hechos, sus posibles responsables y la calificación jurídica inicial. Asimismo, deberá dejarse constancia expresa de la voluntad del/de la denunciante víctima o perjudicado/a, favorable a solicitar la medida cautelar de desalojo de los/as ocupantes del inmueble, en su caso.

Sin perjuicio de poder recurrir a cualquier medio probatorio, para la acreditación de la titularidad del inmueble o de cualquier otro derecho real sobre el mismo que justifique la solicitud de recuperación del bien resultará útil solicitar del titular

del derecho la aportación temprana de la correspondiente certificación registral firmada electrónicamente por el registrador y con el pertinente código seguro de verificación (CSV) que facilita la comprobación de su autenticidad. Dicho documento es susceptible de obtención *online* en tan solo siete horas hábiles, aproximadamente[5].

Igualmente, y a fin de garantizar la máxima celeridad en el trámite, se recordará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con las previsiones de los arts. 284.1 y 295.1 LECrim, la necesidad de remitir al Ministerio Fiscal copia de todos los atestados, no solo de aquellos que tengan entrada en el juzgado de guardia.

Asimismo, se cuidará que por parte de la fuerza actuante se cumplimente la oportuna citación ante la autoridad judicial de los/as ilícitos/as ocupantes del inmueble, debiendo proceder de este modo en la primera actuación que se desarrolle, exhortando a los presuntos/as autores/as del delito a comparecer ante el juzgado con la máxima celeridad y con expresa indicación de que aporten el título que, en su caso, entiendan pueda legitimarles a poseer el inmueble en cuestión.

A los anteriores fines, en la primera reunión de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial[6] a celebrar tras la publicación de esta instrucción, las/los Sras./Sres. Fiscales Jefes de las diferentes fiscalías territoriales trasladarán el detalle de las anteriores pautas de actuación a las Unidades de Policía Judicial desplegadas en cada zona, tras analizar en profundidad las particularidades que este fenómeno criminal pueda presentar en cada respectivo ámbito territorial.

---

[5] Informe de 9 de septiembre de 2020, remitido a la FGE por la Sra. Decana del Colegio de Registradores de España.

[6] Art. 34, RD 769/1987 de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial.

El seguimiento de los resultados y necesidades detectadas como consecuencia de la anterior actividad se efectuará por las/los Sras./Sres. Fiscales Jefes en ulteriores reuniones de la Comisión y/o en otros encuentros institucionales, en la forma que consideren más eficaz.

Las anteriores prescripciones tienen por objeto posibilitar que las/los Sras./Sres. Fiscales refuercen su intervención en defensa de los derechos de las víctimas y los/las perjudicados/as por estos delitos, recurriendo con la mayor inmediatez a las herramientas legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, capaces de restablecer el legítimo derecho del/de la denunciante y evitar la persistencia en el tiempo de la conducta delictiva en tanto se tramita el correspondiente procedimiento, ello sin perjuicio de cerciorarse de que se ofrezca la asistencia personal y familiar necesaria en los supuestos en los que los/as ocupantes sean personas en situación de desamparo, riesgo de exclusión residencial o con hijos/as menores o personas dependientes a su cargo.

3.2. ***Notitia criminis***

En la práctica, el Ministerio Fiscal puede llegar a conocimiento de hechos eventualmente constitutivos de los delitos de allanamiento de morada, usurpación y/o delitos de organización y grupo criminal vinculados a los anteriores, en los siguientes momentos procesales:

- A través del atestado policial con entrada en el juzgado de guardia. De contar con la información suficiente, el/la fiscal deberá solicitar la medida cautelar de desalojo ya en este momento, siempre y cuando concurran las exigencias a que se hace referencia en el apartado 3.3 de esta instrucción. En otro caso, interesará la práctica de las diligencias que entienda imprescindibles para determinar la entidad de la conducta y la pertinencia de formular ulteriormente la solicitud de la referida medida.

- Durante la tramitación de cualquier procedimiento judicial por delito de allanamiento de morada, usurpación y/o grupo u organización criminal asociados a los anteriores, en cuyo supuesto el/la fiscal solicitará la medida cautelar de desalojo si concurren las circunstancias analizadas en el apartado 3.3. En caso de precisarlo, interesará la práctica de las diligencias que considere pertinentes para el mejor esclarecimiento de los hechos.

- Durante la celebración de juicio oral por delito leve de usurpación, en cuyo caso, siempre que promueva la condena del denunciado, el/la fiscal solicitará la medida cautelar de desalojo hasta tanto se dicte sentencia y esta devenga firme.

- Como consecuencia de la denuncia interpuesta en sede de Fiscalía que haya motivado la incoación de las correspondientes diligencias de investigación, las cuales serán judicializadas una vez se determine la entidad delictiva de los hechos. En el propio acto de remisión al juzgado, el/la fiscal interesará del juez la adopción de la medida cautelar de desalojo siempre que concurran las circunstancias ya aludidas y a las que se hace referencia en el siguiente apartado de esta instrucción.

3.3. Solicitud de la medida cautelar. *Fumus boni iuris, periculum in mora* y juicio de proporcionalidad

El art. 13 LECrim[7] considera como primeras diligencias del procedimiento penal las encaminadas a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito. Existe consenso en que dicho precepto habilita a la autoridad judicial a adoptar, además de aquellas medidas necesarias para tutelar la vida o la integridad física y moral

[7] **Artículo 13 LECrim.** Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 *bis* o la orden de protección prevista en el artículo 544 *ter* de esta ley.

de la víctima, todas aquellas que resulten necesarias para preservar y tutelar los bienes jurídicos ofendidos por la comisión del delito presuntamente ejecutado.

Asimismo, tras la reforma del Código Penal operada por Ley 1/2015, de 30 de marzo, las resoluciones judiciales de lo que se ha dado en denominar jurisprudencia menor, admiten de forma mayoritaria la posibilidad de adoptar, *ex.* art. 13 LECrim -también en el delito de usurpación inmobiliaria del art. 245.2 CP, aun tratándose de un delito leve-, la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor; véanse, a título de ejemplo, los siguientes Autos: Sección Séptima de la AP de Melilla núm. 190/2017, de 31 de octubre; Sección Primera de la AP de Burgos núm. 287/2020, de 18 de mayo; Sección Vigésimo novena de la AP de Madrid núm. 55/2020, de 30 de enero; Sección Segunda de la AP de Cáceres núm. 501/2018, de 6 de julio; Sección Cuarta de la AP de Madrid núm. 924/2017, de 8 de noviembre; Sección Primera de la AP de Logroño núm. 77/2017, de 16 de marzo; Sección Primera de la AP de Madrid núm. 902/2012, de 19 de diciembre; Sección Quinta de la AP de Barcelona núm. 208/2012, de 15 de marzo; Sección Primera de la AP de Bilbao núm. 654/2010, de 16 de septiembre; Sección Primera de la AP de Ávila núm. 122/2010, de 5 de junio; Sección Segunda de la AP de Barcelona núm. 98/2020, de 12 de febrero; Sección Sexta de la AP de Barcelona núm. 39/2020 de 13 de enero; Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 21/2019, de 24 de enero; Sección Segunda de la AP de Pamplona núm. 24/2019, de 21 de enero; Sección Segunda de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 704/2016, de 9 de noviembre; Sección Tercera de la AP de Santander núm. 239/2016, de 5 de mayo.

Así pues, en primer término y con carácter general, se estimará pertinente solicitar la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble en aquellos supuestos en los que se aprecien sólidos indicios de la ejecución del delito de allanamiento o usurpación, -*fumus boni iuris*-, y se verifique además la existencia de efectos perjudiciales para el legítimo poseedor que razonablemente

justifiquen la necesidad de poner fin a la situación antijurídica antes de la terminación del procedimiento, restaurando así el orden jurídico vulnerado a la mayor brevedad -*periculum in mora*-.

Se tratará, en último término, de impedir que los ilícitos efectos derivados de la acción se prolonguen en el tiempo como consecuencia de la naturaleza permanente de los delitos de allanamiento y usurpación, con los consiguientes perjuicios para la víctima derivados del vaciamiento del contenido de su derecho, la necesidad de seguir haciendo frente a ciertas cargas derivadas de la titularidad del bien y el progresivo deterioro del mismo consecuencia del uso que los/as ilícitos/as ocupantes realizan.

Así, en el delito de allanamiento de morada, se solicitará la medida cautelar cuando se aprecien indicios relevantes de la comisión del delito, con excepción de aquellos casos en los que se constate que la ilícita posesión del inmueble se ha venido desarrollando con la tolerancia del legítimo morador, extremo este que revelará la inexistencia del *periculum in mora*.

Tratándose del delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP, la adopción de la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble resultará adecuada cuando el sujeto pasivo sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública, siempre que se constate que la concreta usurpación, además de lesionar el *ius possidendi* de la víctima (derecho a poseer que se ostenta sobre un bien que, no obstante, es poseído materialmente por otro), pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien). En aquellos supuestos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales, singularmente en el caso de viviendas deshabitadas y que, a modo de ejemplo, no se encuentren en proceso de comercialización o reforma a fin de permitir su futuro uso, deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida

cautelar. Este criterio hermenéutico es además compatible con las disposiciones de la Ley 5/2018, de 11 de junio, *de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas*, por la que el legislador resolvió limitar el ámbito de aplicación subjetiva del procedimiento de tutela sumaria posesoria de viviendas ocupadas ilegalmente, regulado por el art. 250.1.4, a los sujetos anteriormente mencionados.

Asimismo, podrá instarse la adopción de la medida cautelar cuando la víctima de la usurpación resulte ser una persona jurídica de naturaleza privada, siempre y cuando, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, se constate la existencia de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma, extremo que habrá de valorarse en los anteriores términos en aquellos casos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales.

Todo ello sin perjuicio de recordar que en caso de producirse los hechos en el ámbito de la delincuencia organizada serán de aplicación los arts. 570 *bis* a 570 *quater* CP.

Comprobada la concurrencia de los que podríamos denominar *presupuestos materiales* de las medidas cautelares penales, la necesidad de recurrir a ellas vendrá dada además por la aplicación del principio de proporcionalidad.

La STC nº 28/2020, de 24 de febrero, enuncia los tres requisitos o condiciones que conforman ese juicio de proporcionalidad exigido por la doctrina del propio Tribunal a la hora de determinar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos: (i) que la medida sea «susceptible de conseguir el objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*)»; (ii) que, además, sea «necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*)»; y, (iii) finalmente, que la misma sea «ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o

ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*).

En el mismo sentido, SSTC nº 14/2003, de 28 de enero; 170/2013, de 7 de octubre; 43/2014, de 27 de marzo; y 39/2016 de 3 de marzo, entre otras.

Así entendida, la proporcionalidad conlleva una ponderación entre dos intereses contrapuestos. De un lado, las exigencias vinculadas al correcto desarrollo del proceso, la adecuada prevención delictiva y/o la eficaz protección de la víctima y, de otro, el respeto a los derechos fundamentales del encausado.

En todos los supuestos aludidos, al tiempo de valorar la solicitud de la medida cautelar, se tendrá en consideración no solo a las víctimas o perjudicados por el delito, sino también a los vecinos y/o colindantes a los que el delito pueda suponer un perjuicio directo en el pleno disfrute de sus derechos.

En caso de considerar proporcionada la medida cautelar de desalojo del inmueble, aun cuando se observe una situación de especial vulnerabilidad en las personas que lo ocupan (situaciones de claro desamparo, menores, personas con discapacidad, etc.), de forma simultánea a formular su solicitud ante el juez, se interesará que los hechos se pongan en conocimiento de los Servicios Sociales, a fin de que se adopten -con carácter necesariamente previo al desalojo- las medidas oportunas para su protección, proveyendo en su caso las soluciones residenciales que procedan.

3.4. Trámite. Posible audiencia del/de la investigado/a. Medida cautelar *inaudita parte*

Dada la indudable transcendencia que reviste la medida cautelar de desalojo, su adopción precisará, como se ha visto, de la serena ponderación de los diversos intereses en conflicto. De ahí que, a pesar de que el art. 13 LECrim permita la

adopción de las medidas cautelares objeto de análisis *inaudita parte,* la prudencia y el escrupuloso respeto por las garantías del investigado que deben orientar la actuación del Ministerio Fiscal aconsejan que aquel disponga de la posibilidad de aportar el título que considere pueda justificar su posesión del inmueble, así como de ofrecer su versión de los hechos.

No obstante, en aquellos casos en los que los/as investigados/as desoyeran la citación sin alegar justa causa que dé razón de su incomparecencia ante la autoridad judicial, se deberá interesar la adopción de medidas cautelares *inaudita parte,* si bien velando por que se confiera traslado de la petición al abogado defensor -también en el supuesto de delito leve de usurpación de bienes inmuebles del art. 245.2 CP- conforme a lo dispuesto por el art. 967.1 párrafo 2º LECrim y a fin de que pueda efectuar las alegaciones que estime oportunas en defensa del investigado[8].

Debe tenerse en consideración que no existe razón alguna que impida la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* -singularmente tras serle concedida al investigado la posibilidad de ejercer su defensa en toda la extensión permitida por el ordenamiento jurídico-, pues además de que el art. 13 LECrim no exige lo contrario, resultaría ilógico que se pueda celebrar el juicio en ausencia del investigado y no así la adopción de una medida cautelar. Por otra parte, en caso de no admitirse dicha posibilidad, ello podría ser utilizado como estrategia procesal para dilatar indebidamente la adopción del desalojo.

Similares razones deben conducir a interesar la medida cautelar *inaudita parte* en aquellos casos en los que la citación del investigado, o incluso su identificación, no puedan llevarse a efecto a causa de la deliberada actuación de

---

[8] La LO 13/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECrim modificó el artículo 967.1 en el sentido de establecer que, para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación, por lo que a partir de este momento resulta *preceptiva y exigible la postulación procesal.*

éste. Si bien resulta inviable el dictado de una condena respecto a los/as ignorados/as ocupantes de la vivienda ilícitamente allanada o usurpada, no existe obstáculo alguno que impida, en esas mismas condiciones, la adopción de una medida cautelar dirigida a preservar los bienes jurídicos de que sean titulares los legítimos poseedores del inmueble.

En aquellos supuestos en los que la autoridad judicial desestime la petición de medidas cautelares instada por el Ministerio Fiscal, deberá interponerse el correspondiente recurso contra aquella decisión en todos aquellos casos en los que las razones ofrecidas por el juez *a quo* no desvirtúen los criterios y argumentos anteriormente ofrecidos.

Cuando el/la fiscal estuviera promoviendo la condena del/de la investigado/a y la medida cautelar no hubiera sido acordada con anterioridad -o bien hubiera resultado revocada- se deberá instar su adopción durante la celebración del juicio oral, evitando así que, en caso de dictarse sentencia condenatoria, la situación antijurídica se prolongue en el tiempo hasta tanto la resolución devenga firme.

Las anteriores consideraciones resultarán de aplicación a las modalidades violentas de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, cuya mayor gravedad así lo justifica, sin necesidad de ulterior argumentación.

4. Conclusiones

PRIMERA. Las/los Sras./Sres. Sres. Fiscales Jefes de las diferentes fiscalías territoriales, en la primera reunión de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial a celebrar tras la publicación de esta instrucción, trasladarán el detalle de las siguientes pautas de actuación a las Unidades de Policía Judicial desplegadas en cada zona, una vez analizadas en profundidad las

particularidades que la ocupación de bienes inmuebles pueda presentar en cada respectivo ámbito territorial:

- Cuando la denuncia inicial se formule en sede policial, se procurará que el atestado incluya los documentos, declaraciones y cualesquiera otras fuentes de prueba que sirvan al efecto de determinar no solo el título acreditativo de la lesión del derecho invocado por el/la denunciante, sino también las circunstancias espacio-temporales en las que se haya producido la ocupación del inmueble, la identidad y número de los/las posibles autores/as, su eventual estructura organizativa, la finalidad perseguida con la ocupación y cualesquiera otras variables relevantes a los fines de determinar la índole delictiva de los hechos, sus posibles responsables y la calificación jurídica inicial.

Asimismo, deberá dejarse constancia expresa de la voluntad del/de la denunciante víctima o perjudicado/a, favorable a solicitar la medida cautelar de desalojo de los/as ocupantes del inmueble, en su caso.

- Sin perjuicio de poder recurrir a cualquier otro medio probatorio, para la acreditación de la titularidad del inmueble o de cualquier otro derecho real sobre el mismo que justifique la solicitud de recuperación del bien, resultará útil interesar del titular, para su unión al atestado, la correspondiente certificación registral firmada electrónicamente por el registrador y con el pertinente código seguro de verificación (CSV) que facilita la comprobación de su autenticidad. Dicho documento es susceptible de obtención *online* en tan solo siete horas hábiles, aproximadamente.

- Se recordará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con las previsiones de los arts. 284.1 y 295.1 LECrim, la necesidad de remitir al Ministerio Fiscal copia de los atestados, no solo de aquellos que tengan entrada a través del juzgado de guardia.

- Se instará a la fuerza actuante para que cumplimente la oportuna citación ante la autoridad judicial de los/as ilícitos/as ocupantes del inmueble, debiendo proceder de este modo en la primera actuación que se desarrolle, exhortando a los/as presuntos/as autores/as del delito a comparecer ante el juzgado de guardia con la máxima celeridad y expresa indicación de que aporten el título que, en su caso, entiendan pueda legitimarles a poseer el inmueble en cuestión.

Del resultado de la actividad anterior, las/los Sras./Sres. Fiscales Jefes de las diferentes fiscalías territoriales efectuarán el oportuno seguimiento en ulteriores reuniones de la Comisión y/o en otros encuentros institucionales, en la forma que consideren más eficaz.

SEGUNDA. Las/los Sras./Sres. Fiscales instarán del juez la adopción de la medida cautelar de desalojo de los ilícitos ocupantes y la restitución del inmueble a sus poseedores en los delitos de allanamiento de morada y usurpación cuando concurran las exigencias derivadas de los principios *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, siempre que la medida cautelar se revele justificada tras efectuar el correspondiente juicio de ponderación conforme a los criterios expresados en el cuerpo de la presente instrucción.

TERCERA. En el delito de allanamiento de morada, se solicitará la medida cautelar siempre que existan indicios sólidos de su comisión, con excepción de aquellos casos en los que se constate que la ilícita posesión del inmueble se ha venido desarrollando con la tolerancia del legítimo morador, extremo que revelará la inexistencia del *periculum in mora*.

CUARTA. En el delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP las/los Sras./Sres. Fiscales solicitarán la referida medida cautelar cuando el sujeto pasivo de la infracción sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública, siempre que se constate que la concreta usurpación, además de lesionar el *ius*

possidendi de la víctima (derecho a poseer que se ostenta sobre un bien que, no obstante, es poseído materialmente por otro), pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien). En aquellos supuestos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales, singularmente en el caso de viviendas deshabitadas y que, a modo de ejemplo, no se encuentren en proceso de comercialización o reforma a fin de permitir su futuro uso, deberá atenderse a la concurrencia de otras circunstancias que aconsejen la adopción de la medida cautelar.

Asimismo, instarán la adopción de la referenciada medida cautelar cuando la víctima resulte ser una persona jurídica de naturaleza privada, siempre que, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, se constate la existencia de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma, extremo que habrá de valorarse en los anteriores términos en aquellos casos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o de una expectativa de uso actuales.

En todos los supuestos aludidos, al tiempo de valorar la solicitud de la medida cautelar, se tendrá en consideración no solo a las víctimas o perjudicados por el delito, sino también a los/las vecinos/as y/o colindantes a los/las que el delito pueda suponer un perjuicio directo en el pleno disfrute de sus derechos.

QUINTA. Cuando las/los Sras./Sres. Fiscales soliciten el desalojo y se observe una situación de especial vulnerabilidad en las personas que ocupen el inmueble (personas en situación de claro desamparo, menores, personas con discapacidad, etc.), tendrán en cuenta esta circunstancia e interesarán simultáneamente que los hechos se pongan en conocimiento de los Servicios Sociales, a fin de que adopten -con carácter necesariamente previo al desalojo- las medidas oportunas para su protección, proveyendo en su caso las soluciones residenciales que procedan.

SEXTA. Las/los Sras./Sres. Fiscales solicitarán la medida cautelar de desalojo en los siguientes momentos procesales:

- Tras conocer el contenido del atestado policial con entrada en el juzgado de guardia, si el mismo facilita la información suficiente a los fines de valorar la concurrencia de los requisitos a que se refiere el apartado 3.3 de esta instrucción. En otro caso, interesarán a la mayor brevedad la práctica de las diligencias que consideren imprescindibles para determinar la entidad de la conducta y la pertinencia de formular ulteriormente la referida solicitud.

- Durante la tramitación de cualquier procedimiento judicial por delito de allanamiento de morada o usurpación, si concurren las circunstancias a que se refiere el apartado 3.3 de esta instrucción. En caso de precisarlo, se interesará la práctica de diligencias para el mejor esclarecimiento de los hechos.

- Durante la celebración del juicio oral por delito leve de usurpación, siempre que promueva la condena del denunciado y con efectos hasta tanto se dicte sentencia y esta devenga firme.

- Al tiempo de judicializar las diligencias de investigación incoadas en Fiscalía una vez se determine la entidad delictiva de los hechos denunciados en dicha sede y siempre que concurran las exigencias a que se ha hecho repetida referencia.

SÉPTIMA. La prudencia y el escrupuloso respeto por las garantías del/de la investigado/a que deben orientar la actuación del Ministerio Fiscal aconsejan se procure su audiencia a fin de determinar la eventual existencia de título que justifique su posesión del inmueble, además de ofrecer su versión de los hechos.

OCTAVA. Solo en aquellos supuestos en los que el/la investigado/a desoyera la citación -sin alegar justa causa que dé razón de su incomparecencia ante la

autoridad judicial-, las/los Sras./Sres. Fiscales interesarán la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, si bien velarán por que se confiera traslado de la petición al abogado defensor -también en el supuesto de delito leve de usurpación de bienes inmuebles, conforme a lo dispuesto en el art. 967.1 párrafo 2º LECrim-, quien podrá efectuar así las alegaciones que estime oportunas en defensa del investigado.

NOVENA. Similares razones a las expresadas en la conclusión anterior deben conducir a interesar la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* en aquellos casos en los que la citación del/de la investigado/a, o incluso su identificación, no se puedan producir a causa de su actuación deliberada.

DÉCIMA. En aquellos supuestos en los que la medida cautelar no hubiera sido acordada con anterioridad -o bien hubiera resultado revocada- las/los Sras./Sres. Fiscales instarán nuevamente su adopción durante la celebración del juicio oral, siempre y cuando promuevan la condena.

UNDÉCIMA. Cuando la autoridad judicial desestime la petición de medidas cautelares instada por el Ministerio Fiscal en los aludidos términos, se interpondrá el correspondiente recurso contra aquella decisión en todos aquellos casos en los que las razones ofrecidas por el juez *a quo* no desvirtúen los criterios y argumentos anteriormente ofrecidos.

DUODÉCIMA. Las presentes conclusiones resultarán de aplicación a las modalidades violentas de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles, cuya mayor gravedad así lo justifica sin necesidad de ulterior argumentación.

En razón de todo lo expuesto, las/los Sras./Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente instrucción, quedando sin efecto cualesquiera otras que, en relación con esta específica materia, no resulten acordes con lo aquí expresado.

Madrid, a 15 de septiembre de 2020

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Dolores Delgado García

EXCMAS./OS. SRAS./ES. FISCALES DE SALA Y FISCALES SUPERIORES, ILMAS./OS. SRAS./ES. FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA, ILMAS. /OS. SRAS./ES. FISCALES