

4.3. DE CARLOS IZQUIERDO TÉLLEZ.

La respuesta penal a la ocupación de viviendas

INTRODUCCIÓN

I.- Morada, domicilio y vivienda. II.- Referencia al delito de allanamiento de morada. Distinción. III.- La ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada: 1.- Necesidad y justificación de la protección penal. 2.- De la *okupación* a la ocupación: perspectiva criminológica y situación actual. 3.- Los tipos penales en particular: 3.1.- Ocupación violenta de inmueble o usurpación violenta de derecho real inmobiliario (art.245.1 CP). 3.2.- Ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada (art. 245.2 CP). 3.2.1.- Elementos. 3.2.2.- Bien jurídico protegido. 3.2.3.- Circunstancias eximentes. 3.2.4.-Penalidad. 3.2.5.- Aspectos procesales. 4.- La actual política criminal y su tendencia al endurecimiento punitivo.

I.- INTRODUCCIÓN: MORADA, DOMICILIO, VIVIENDA.

El Código Penal protege la vivienda frente a su ocupación ilegal. Mediante la tipificación de conductas diversas, cuyo único denominador común acaso sea el objeto material sobre el que recaen, nuestro legislador contempla sanciones penales para aquellos comportamientos que en el momento actual de su política criminal considera de mayor gravedad.

Dos precisiones iniciales son necesarias. Primera, que el Código Penal no siempre emplea con la debida distinción los términos vivienda, morada y domicilio; circunstancia que puede generar cierta confusión conceptual que conviene aclarar. Y, segunda, que la regulación que el ordenamiento jurídico ofrece a la ocupación ilegal de viviendas no se limita al ámbito penal sino que se extiende a otros sectores, singularmente el Derecho Civil y el Derecho Administrativo; circunstancia esta última que ha facilitado, como veremos más adelante, que una misma conducta de ocupación haya sido tratada indistintamente desde uno u otro ámbito.

Centrándonos por ahora sólo en la cuestión terminológica apuntada, merece la pena detenerse en las referencias que el Código contiene respecto a cada una.

El Código emplea el término “domicilio” para aplicar una mayor sanción a conductas que, por tener lugar en dicho escenario, comportan una mayor lesividad. Es el caso, por ejemplo, de delitos cometidos en el ámbito propio de la violencia doméstica y de género, donde las conductas de malos tratos, amenazas, coacciones y violencia habitual se agravan por haberse cometido en el “domicilio común” o el “domicilio de la víctima” (arts. 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 CP, respectivamente). No obstante, también emplea ese término no para agravar conductas sino para definir las en el propio enunciado típico: así ocurre en el art. 203 CP (y en la rúbrica del Título X) al referirse al domicilio de personas jurídicas como lugar -espacio físico- del allanamiento, en el art. 224 (abandono del domicilio familiar por un menor), y en los arts. 534 (entrada de funcionario público en domicilio sin consentimiento de su morador, registro de sus papeles o documentos sin ese consentimiento) y 557 ter (invasión u ocupación en grupo de domicilio de persona jurídica, en sede de desórdenes públicos). En todo caso, a efectos penales, la jurisprudencia viene entendiendo el domicilio como ámbito de protección conforme al art. 18 CE en un sentido amplio, como lugar o espacio cerrado donde una persona desarrolla su vida privada, sea de modo permanente o transitorio.

La palabra “morada” es utilizada en nuestro Código como lugar que justifica la acción defensiva en la eximente de legítima defensa (art. 20.4^a CP), como escenario propio en el delito de allanamiento (art. 202.1^o CP), en el de allanamiento cometido en el ámbito de los delitos contra la corona (art. 490 CP) y como cualificación en el delito de robo (art. 241.2 CP). En sentido negativo (“que no constituyan morada”) se emplea para la tipificación del delito de ocupación pacífica de vivienda, concretamente en el art. 245.2 CP, como desarrollaremos después más ampliamente.

Por último, el término “vivienda”, entendido como lugar susceptible de servir como morada, se emplea para justificar un agravamiento de la sanción penal en el delito de estafa (cuando ésta *recaiga sobre viviendas*, dice el art. 250.1.1^o CP) y en el delito de coacciones cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda (art. 172.1 CP, imponiéndose entonces la pena en su mitad superior). Sin agravación penológica se puede encontrar también en algunos enunciados típicos, como en el caso del art. 173.1 CP, cuando castiga al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

El examen comparado de los contenidos acabados de exponer permite situar el elemento diferenciador en la idea de protección de la intimidad personal. Apreciable sin dificultad en los supuestos de morada y domicilio, como ámbitos de intimidad excluidos de terceros, en el caso de “viviendas”, por lo que ahora interesa, ese elemento ya no es que no se contemple, sino que aparece expresamente excluido en el propio enunciado legal del art. 245.2 CP, al referir la ocupación pacífica a vivienda, inmueble o edificio ajenos “que no constituyan morada”, como hemos apuntado.

El elemento diferenciador apuntado encuentra su reflejo en la distinta ubicación de los tipos legales en la Parte Especial del Código Penal. La ocupación de inmuebles, viviendas, y edificios que no constituyan morada se encuentra entre los delitos contra el patrimonio (art. 245 CP). En cambio, el delito de allanamiento de morada se halla en el Título X, en el marco de los delitos “contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Precisamente la distinta ubicación sistemática de los tipos penales mencionados facilita la comprensión acerca del -también distinto- bien jurídico protegido en uno y otro caso. Pese a las diferencias doctrinales y jurisprudenciales en torno a su exacta delimitación, los bienes jurídicos que se pretende proteger con la tipificación de unas y otras conductas requieren ser diferenciados de manera autónoma; diferenciación que, en el caso de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada (art. 245.2 CP) permite cuestionar el merecimiento de protección penal.

II.- REFERENCIA AL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA. DISTINCIÓN.

Aunque el allanamiento de morada no será objeto de nuestro estudio, una breve referencia a sus elementos definidores permitirá delimitar la figura y contraponerla a la de la ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada, constatando así sus notas diferenciadoras.

Nuestro Código Penal regula el allanamiento de morada en su artículo 202, diferenciando una modalidad básica y otra agravada en razón al empleo de violencia o intimidación⁶². En su numeral 1 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, sin habitar en ella, entra en morada

62. El paralelismo con el delito de ocupación de vivienda que no constituya morada es claro en este punto. Como veremos en el siguiente apartado, al tratar de la ocupación de vivienda que no constituya morada, el legislador utiliza en el art. 245 CP idéntico criterio a la hora de diferenciar las dos modalidades que regula.

ajena, o se mantiene en ella, contra la voluntad de su morador. En el numeral 2 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses esas mismas conductas (entrar o mantenerse contra la voluntad del morador) cuando son ejecutadas con violencia o con intimidación. Completan esta regulación el art. 203 CP, cuando la entrada o mantenimiento sin consentimiento del titular tienen lugar en domicilio de persona jurídica -pública o privada-, despacho profesional, oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, y el art. 204 CP, que castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, lleva a cabo cualquiera de las conductas previstas en los dos preceptos anteriores.

Es conocido que la jurisprudencia ha mantenido, a los efectos de este delito, un concepto amplio de domicilio, incluyendo en él elementos muy diversos: la habitación de un hotel o pensión, caravanas, embarcaciones, chabolas, tiendas de campaña y hasta inmuebles semiderruidos, siendo el criterio delimitador, como señala la S TS 23.09.97 el del ejercicio personal de “los actos propios de su intimidad, aunque fuera en condiciones miserables”. También ha considerado tal la segunda vivienda, entendida como aquella que se ocupa por su titular en ciertas épocas al año (vacaciones, fines de semana): goza de la misma protección que la vivienda habitual como morada (S TS 852/2014, de 11 de diciembre).

El bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada es, como señala Morales Prats, la intimidad domiciliaria⁶³. El autor considera que la ubicación sistemática del precepto en el Título X del Código Penal (“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”) zanja la discusión doctrinal sobre esta cuestión, superando posturas que, basadas en la regulación en el Código Penal anterior, situaban el bien jurídico en la idea de la seguridad personal, de la libertad genéricamente considerada o el menosprecio de voluntad. El art. 18.1 CE garantiza la protección de la intimidad domiciliaria junto a la de las comunicaciones y a la libertad informática⁶⁴.

Pues bien. Como ya hemos apuntado, nuestro Código Penal regula la

63. Morales Prats, Fermín: “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales”. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial). Colección: Estudios de Derecho Judicial, vol. 2, año 1996. CGPJ)

64. Dice el mismo autor: “El domicilio o morada delimita una parcela del bien jurídico intimidad, en cuanto que supone el soporte fáctico espacial en el que se localizan múltiples manifestaciones de la *privac* de la persona. En ese espacio domiciliario, se generan facultades de exclusión de terceros, otorgándose al titular de la intimidad domiciliaria un dominio del contexto de la acción”.

ocupación de viviendas en su Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Tal ubicación denota por sí sola que el bien jurídico protegido no va a ser el mismo que el del delito de allanamiento de morada, y ello incluso en el supuesto de que el espacio físico material sobre el que se proyectara la conducta delictiva fuera, en cuanto tal, objetivamente idéntico. La jurisprudencia (vid. por todas la S TS 800/2014, de 12 de noviembre) señala que el bien jurídico protegido en el delito de ocupación de vivienda que no constituya morada es el “patrimonio inmobiliario”. Es precisamente esa exclusión -que no constituya morada- lo que determina que el elemento a proteger no sea ya la intimidad, ni la inviolabilidad del domicilio como espacio donde aquella se desarrolla y garantizada el art. 18 de la Constitución. Como veremos en el siguiente epígrafe, lo que se protege penalmente es la posesión material de un inmueble, edificio o vivienda frente a su ilegítima ocupación.

III.- LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES, EDIFICIOS Y VIVIENDAS QUE NO CONSTITUYAN MORADA.

Como venimos señalando, el Código Penal regula la ocupación de viviendas en su Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Lo hace concretamente en su Capítulo V, bajo la rúbrica “De la usurpación”, que abarca hasta tres comportamientos distintos: la ocupación de inmuebles y usurpación de derechos reales inmobiliarios -art. 245-; la alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, o señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos -art. 246-; y, finalmente, la distracción de aguas -art. 247-. Sólo el primero, único referido a la ocupación de vivienda, será aquí objeto de análisis.

1.-NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL.

Si bien la necesidad de sanción penal de la ocupación de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no plantea dudas cuando la misma se realiza con violencia o intimidación (supuesto del art. 245.1 del Código Penal), la justificación de la intervención penal en los casos en que esa misma ocupación se produzca sin aquéllas -de forma “pacífica”, según denominación común- no está exenta de controversia.

La principal objeción que un importante sector doctrinal (Queralt Jiménez, Muñoz Conde⁶⁵, entre otros muchos) plantea a la tipificación de la ocupación

65. Para este autor, “la criminalización no tiene en cuenta que ya por la vía de los interdictos civiles y leyes de arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar

pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada tiene lugar en el terreno de los principios. Se argumenta que los conocidos principios intervención mínima y lesividad, y el carácter fragmentario, subsidiario y de última *ratio*, propios del Derecho penal, determinan la innecesariedad de intervención penal, la cual debe siempre quedar reducida al mínimo indispensable para el control social.

Esta postura considera suficiente la protección a la propiedad inmobiliaria y a la posesión que ya otorgan otros sectores del ordenamiento, principalmente en los ámbitos civil (principalmente las acciones posesorias dirigidas a proteger y recuperar la posesión indebidamente perturbada o arrebatada) y administrativo (art. 37.7 de la LO 4/2015, de seguridad ciudadana).

Sin embargo, el legislador del Código Penal de 1995 no lo entendió así. Pese a que la atipicidad de la conducta de ocupación pacífica había venido siendo nota común a nuestros códigos penales⁶⁶, y que su incriminación más reciente, de fugaz vigencia, data nada menos que del año 1928 (el llamado Código Penal de Primo de Rivera), en el año 1995 nuestro legislador optó por su incorporación al Código como delito menos grave y sin previsión de una modalidad de menor intensidad como simple falta.

Las razones de política criminal que le llevaron entonces a la tipificación de la ocupación pacífica no quedaron bien explicadas en la Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En ella sólo encontramos una referencia débil, escasa y meramente genérica, del todo insuficiente para justificar la nueva incriminación⁶⁷.

con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esta vía, sin necesidad de reforzar los derechos legítimos, cuando lo son, de los titulares por la vía penal” Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 21ª edición Tirant lo Blanch, pág. 370.

66. Como explica García de Herrera, en “Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. Especialidades en los casos de viviendas de protección o titularidad pública”, los Códigos penales de 1822 (su art. 811 habla de quien incurra en despojo violento de la posesión de una finca...), del Código Penal de 1848 (su art. 429 habla de quien con violencia ocupare una cosa inmueble...) el Código Penal de 1870 (su art. 534 habla de quien con violencia o intimidación en las personas ocupare...). Sólo el Código Penal de Primo de Rivera (1928) tipificó la ocupación sin violencia en las personas (art. 709) pero, según la doctrina, su intención era fundamentalmente el evitar sediciones (pues su oposición política estaba muy anexada a movimientos pro-ocupación.

67. Su párrafo quinto dice: “se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, *dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia*, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales”. El subrayado es nuestro.

Parece, pues, que la verdadera razón por la que en el año 1995 el legislador decidió incorporar al entonces nuevo Código penal tenía otro fundamento. Más que la gravedad o lesividad del ataque a la propiedad inmobiliaria o a la posesión, lo que había era una general insatisfacción ante la insuficiencia de la tutela civil para la rápida recuperación posesoria ante el ataque sufrido. A este déficit de nuestro sistema de justicia, general y endémico, se sumaban en la práctica otros problemas de corte social asociados a la falta de vivienda e insuficiencia de recursos: marginalidad, exclusión social, conflictividad vecinal y de orden público, conductas asociadas de defraudación de suministros y hasta otros delitos como el tráfico de drogas, etc. La cuestión no era tanto de “laguna de punibilidad”, sino de necesidad de afrontar nuevos problemas sociales, entre los que había que contar, como luego veremos, las acciones que realizaban los llamados movimientos “okupas”.

A pesar de la función preventivo general que la incorporación de la ocupación pacífica al Código penal estaba llamada a cumplir, lo cierto es que desde entonces hasta la actualidad no sólo no se ha contenido el número de ocupaciones, sino que el mismo ha ido incrementándose de manera extraordinaria. Este dato, recogido en la Memoria que publica anualmente la Fiscalía General del Estado, aparece reflejado en diversas resoluciones judiciales, entre las que merece destacarse, entre las más recientes, el auto número 609/2019, de 29 de octubre, de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección IX^a, que en su Fundamento Jurídico Segundo contiene la siguiente exposición: “la realidad social evidencia que la ocupación de bienes inmuebles, lejos de ser un fenómeno aislado y tendente a la eliminación, se ha multiplicado exponencialmente de un tiempo a esta parte, proliferando ese tipo de conductas que ocasionan perjuicios no sólo a los titulares de los inmuebles ocupados, sino también al entorno, al resto de ciudadanos y hasta comercios y empresas por los innumerables problemas de convivencia que suelen protagonizar, tales como ruidos, suciedad, enganches ilegales de suministros, e incluso problemas de salubridad, perros y animales desprovistos de control sanitario, sin descartar el consumo y hasta en algún caso el tráfico de sustancias estupefacientes”.

2.- DE LA OKUPACIÓN A LA OCUPACIÓN: PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y SITUACIÓN ACTUAL.

La ocupación inmobiliaria sancionada en el art. 245.2 CP no establece diferencias por razón de la motivación o finalidad de quien lleva a cabo la conducta. Abarca tanto las ocupaciones que son manifestación de protesta (movimiento okupa) o desobediencia civil (búsqueda de conflicto con el

fin de obtener resoluciones judiciales que interpreten el precepto forzando la apreciación de la antijuricidad de la conducta, o la atipicidad del hecho mediante su contraposición con otros derechos reconocidos en la Constitución española, singularmente en su art. 47), como la ocupación de la vivienda con la sola finalidad de poseerla y utilizarla conforme a su funcionalidad, normalmente por razones de necesidad personal y/o familiar (búsqueda de un techo, muchas veces en espera de obtener una vivienda facilitada por la Administración).

Los orígenes del fenómeno “okupa”, entendido como manifestación concreta de un más amplio activismo antisistema, se sitúan en Reino Unido, sobre los años 60. De allí se fue extendiendo a otros países europeos, principalmente Holanda y Alemania. A España llegó más tarde, a finales de los 80 y principio de los 90, con especial presencia, como movimiento urbano, en las ciudades de Barcelona y Madrid⁶⁸. Fue en ese contexto que el legislador del Código Penal de la democracia, año 1995, necesitaba ofrecer una respuesta a la demanda social frente a aquellas acciones. Seguramente el auge de aquellos movimientos y la preocupación social que generaban facilitó que el legislador optara por la incorporación al Código Penal de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada; concreción que, por cierto, resolvía otros dos problemas de orden técnico, cuales eran la falta de justificación del tratamiento diferenciado mantenido hasta entonces con la tipificación -como falta- de la ocupación pacífica cuando ésta tenía lugar en el ámbito rural (el Código hablaba únicamente de “heredad”, no aplicable al ámbito urbano) y la forzada reconducción de la ocupación pacífica al delito de coacciones⁶⁹.

En el escenario descrito, la incorporación al Código Penal de 1995 de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada encontró rápidamente opiniones contrarias que plantearon, incluso, la total despenalización. Hasta cuatro proposiciones de ley se presentaron entre 1998 y 2001 con ese fin. En la Exposición de Motivos de esta última, y tras reconocer expresamente “la gran presencia que en estos momentos tiene el movimiento okupa en Cataluña”, leemos lo siguiente: “No es ningún secreto que detrás de este movimiento, que también se manifiesta con fuerza en otros pun-

68. Una breve síntesis del origen, expansión y transformación del movimiento okupa puede consultarse en “Okupación vs ocupación: ¿Dos realidades distintas para un mismo tipo penal” de Jiménez París, José Miguel. La Ley Penal, n° 125, marzo-abril 2017. Editorial Wolters-Kluwer.

69. Pese a que no concurrieran los elementos de violencia o intimidación -pues en tal caso se estaría ante la ocupación violenta-, sino, acaso, la *vis in rebus* a la que la jurisprudencia acudía en ocasiones para apreciar las coacciones, generalmente como falta, mediante acciones tales como rotura de candados, puertas, ventanas o cerraduras.

tos del Estado español, hay reivindicaciones de derechos sociales y económicos, como el derecho a una vivienda digna, que trasladan a los poderes públicos la necesidad de adoptar políticas que garanticen este derecho social y económico que debe orientar e informar la actuación de cualquier gobierno en un Estado social”. Sin emplear ya la letra “k”, sino la “c”, la exposición concluía señalando que “la ocupación no puede ser entendida como un problema que merezca una respuesta jurídico-penal, sino que responde a condicionantes superiores, provocados por la situación social y económica en que se encuentra una parte muy importante de nuestra juventud, centrada en la dificultad de los jóvenes y las jóvenes para emanciparse y acceder a una vivienda y en las dificultades para encontrar espacios donde desarrollar sus actividades cívicas y culturales. Esta situación, evidentemente, se vincula de forma estricta a las dificultades de los jóvenes y las jóvenes para acceder al mercado de trabajo”.

De aquellos primeros años de vigencia de la nueva norma⁷⁰ hasta llegar al momento actual hemos asistido sin embargo a un cambio significativo. Desde una perspectiva más bien sociológica y criminológica, podríamos decir que el delito tipificado en el art. 245.2 CP ha pasado funcionalmente a dar respuesta penal a otros tipos de ocupación distintos a los derivados de las acciones de los movimientos *okupas*. En su mayoría, ocupaciones individuales o de familias en busca de satisfacer primariamente su necesidad de vivienda.

En los últimos años, donde la escasez de suelo urbano y la insuficiencia de recursos para atender a las necesidades de vivienda se han agravado, estamos asistiendo a un agravamiento del fenómeno, tanto por el mayor número de casos como por su mayor complejidad: existencia de grupos organizados, conocidos como “inmobiliarias ocupas”, que en ocasiones fingen vender o alquilar a terceros viviendas deshabitadas, o se encargan de fracturar puertas, candados o cerraduras para facilitar a sus “clientes” el acceso a la vivienda. Fenómeno que, a su vez, ha generado su correspondiente antagonista: organizaciones que ofrecen sus servicios para conseguir la recuperación de la vivienda o inmueble⁷¹.

70. Como recuerda la S AP Sevilla, Secc. 7ª, FJ 2, “El origen del precepto lo encontramos en el nuevo Código Penal de 1995, al entender el legislador, con la oposición de ciertos grupos políticos, que era necesario regular una conducta que venía extendiéndose bajo la denominación conocida de OKUPAS y con objeto de dotar de una mayor protección, -no sólo civil a través de las acciones interdictales, sino también penal-, al derecho de propiedad e incluso de posesión de bienes inmuebles”.

71. Se trata de organizaciones que ofrecen sus servicios incluso a través de la red. “Desokupa” se anuncia en su web como “una empresa especializada en desahucios de pisos ocupados ilegalmente o con inquilinos precarios. Pioneros y creadores de la fórmula legal de desahucios express. La empresa empezó su recorrido en el año 2016. Ofrecemos todos los servicios necesarios enfocados a la mediación con inquilinos precarios y ocupaciones ilegales de pisos, inmuebles y locales de nuestros clientes” “mediación con precarios”, “desahucios de ocupas”, “seguridad y prevención”, “vigilancia asesoramiento jurídico. Y la empresa “Fuera Ocupas”. Ofrecen negociación con los okupas a través de agentes profesionales (aboga-

Hasta tal punto resulta preocupante este fenómeno que el legislador, pese a que no ha agravado penalmente la conducta, ha terminado por reconocerlo expresamente. Muestra de ello es el Preámbulo de la Ley 5/2018, de 10 de junio, de reforma de la LEC, en el que, además de admitir la existencia de “verdaderas actuaciones organizadas, muy lucrativas y de carácter mafioso”, reconocía expresamente la insuficiencia de los cauces previstos en la vía civil para obtener el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles. En todo caso -decía- “se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar”.

3.- LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR.

El artículo 245 del Código Penal emplea en su numeral 1 los términos “ocupar” y “usurpar” como sinónimos. En puridad, utiliza el primero para referirse a los “inmuebles”, reservando el segundo para aludir a los “derechos reales inmobiliarios”. En su numeral 2 usa únicamente el término “ocupar”, en clara referencia a la relación directa con la materialidad a la que se refiere: inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada. Como veremos, cualquiera que sea la modalidad empleada, la conducta delictiva requiere desposeer a otro (de un bien o derecho real suyo) mediante un apoderamiento físico inmobiliario.

3.1.- OCUPACIÓN VIOLENTA DE INMUEBLE O USURPACIÓN VIOLENTA DE DERECHO REAL INMOBILIARIO (ART. 245.1 CP).

La regulación de la ocupación violenta en nuestro Código Penal se encuentra en el art. 245.1, que castiga al que, con violencia o intimidación en las personas, ocupe una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena. Su actual redacción, fruto de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, modifica la primitiva en cuanto a la pena, que era multa de seis a dieciocho meses, pasando a ser prisión de uno a dos años.

Dos notas caracterizan la penalidad. Una que la operación de individualización judicial de la pena en el caso concreto no se rige por los criterios generales previstos en la Parte General del Código Penal, sino que la pena-

dos especializados y expertos en deportes de contacto y departamento comercial. Reconocen que son un elemento de disuasión fundamental: diario El español, 19.11.19 “La brigada de boxeadores que desokupa viviendas por 2.500 euros por toda España”

alidad deberá determinarse en caso de condena atendiendo a los criterios de la “utilidad obtenida y el daño causado” que específicamente contempla el precepto. Como se ve, se trata de criterios de individualización distintos a los previstos en el art. 66.1.6ª del Código Penal para el supuesto en que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes. El precepto dispone que en ese caso los jueces y tribunales aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las *circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*. Tal vez la expresión “daño causado” pueda reconducirse o asimilarse a la fórmula “mayor o menor gravedad del hecho”. En cambio, la expresión “utilidad obtenida” sólo de manera indirecta podría relacionarse con la idea “circunstancias personales del delincuente”.

En nuestra opinión, la referencia a la utilidad obtenida parece propia de la pena de multa, a la vista del art. 52.1 CP, que contempla esa posibilidad para la pena pecuniaria, pero no así para la de prisión. Este precepto establece que no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá “en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”.

Llama la atención, con todo, que esos mismos criterios -utilidad obtenida y daño causado- eran precisamente los que había establecido el legislador de 1995 en la redacción original del precepto, si bien la pena entonces prevista era multa de seis a dieciocho meses. Ahora, en cambio, modificada la naturaleza de la pena con la reforma de 2010, pasando de pecuniaria a privativa de libertad, se han mantenido sin embargo aquellos mismos criterios, lo que no deja de resultar sorprendente puesto que esta previsión no existe, que sepamos, para otros delitos en nuestro Código Penal como, insistimos, mandato dirigido al juez o tribunal para el momento de la operación de individualización de la pena atendiendo al arco punitivo establecido⁷². Se ha modificado, en fin, la naturaleza de la pena, pero no los criterios para su individualización, sin que encontremos en el Preámbulo de la LO 5/2010 ninguna referencia justificadora.

La segunda nota característica es que el precepto, tanto en su primitiva redacción como en la actual, establece una regla concursal para castigar los delitos en que puedan concretarse las violencias que, en relación de medio a

72. Puede encontrarse como criterio en la determinación de la pena privativa de libertad efectuada por el legislador en el propio enunciado legal, creando por ejemplo, modalidades agravadas -caso de los arts. 335 y 336, 417.1, párrafo segundo- o diferenciadas -art. 368, donde la extensión de la pena privativa de libertad y la multa dependen de que la sustancia cause o no grave daño a la salud, al igual que en el art. 369 bis-, sólo por citar algunos ejemplos.

fin, se realicen sobre las personas⁷³. Señala al respecto que la pena -prisión de uno a dos años- se impondrá “además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas”⁷⁴.

3.2.- OCUPACIÓN PACÍFICA DE INMUEBLES, EDIFICIOS Y VIVIENDAS QUE NO CONSTITUYAN MORADA (ART. 245.2 CP).

3.2.1.- Elementos.

Dentro de los delitos contra el patrimonio (Título XIII del Libro II del Código Penal), el delito de ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada previsto en el art. 245.2 CP se configura, al igual que la modalidad violenta del numeral 1 del mismo precepto, como un “delito de enriquecimiento”: el sujeto activo experimenta un incremento, siquiera momentáneo, en su patrimonio, como consecuencia del empobrecimiento que causa al de la víctima⁷⁵. Sus elementos configuradores pueden sistematizarse conforme a la estructura que a continuación se expone⁷⁶:

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. Se descartan así las ocupaciones meramente ocasionales o esporádicas, precisamente por faltar esa vocación. Sería el caso, por ejemplo, de aquellas ocupaciones cuya duración quedara limitada al breve periodo necesario para obtener la repercusión pública perseguida en una reclamación de carácter social que motivara la acción realizada. Las permanencias fugaces (como, por ejemplo, una ocupación con la única intención de entrar a dormir -S AP Madrid 549/19, Secc 30ª, de 20 de septiembre-), los casos en que al mero requerimiento del titular se produce el abandono inmediato del lugar también resultarían atípicas.

73. El precepto habla de “con violencia o intimidación en las personas”, ofreciendo así la idea de medio a fin, de modo que esa violencia o intimidación son el “modo” de ocupar. Nótese que esa violencia o intimidación pueden concurrir en relación a cualquier persona, sea o no titular del bien que se ocupa.

74. De este modo resuelve, por ejemplo, la concurrencia con un delito de malos tratos o lesiones cometido como medio para la ocupación. Semejante a otros preceptos de la parte especial, como el art 173.2, cuando dice “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

75. Queralt Jiménez, op. cit.

76. Una buena síntesis puede encontrarse en el FJ 3º de la STS 800/2014, de 12 de noviembre, cuya exposición nos sirve de referencia.

A diferencia de la modalidad violenta prevista en el numeral 1 del art. 245 CP, el delito de ocupación pacífica puede cometerse tanto por la acción de *ocupar sin autorización del titular* como por la de *mantenerse en contra de la voluntad* del mismo. Como se ve, la segunda modalidad requiere haber entrado previamente en posesión del inmueble, edificio o vivienda faltando oposición del titular⁷⁷. La falta de autorización y la existencia de voluntad en contra puede constar de forma expresa, pero también tácita o presunta, como por ejemplo cuando el inmueble, vivienda o edificio se encuentran cerrados (candados, cerraduras, precintos u otros elementos semejantes) que evidencian per se la voluntad en contra del acceso, ocupación y, en su caso, permanencia.

b) La ausencia de violencia o intimidación debe interpretarse en su sentido propio y técnico (como en el art. 202.2 CP -allanamiento- o en los delitos patrimoniales -p.ej. el delito robo-), sin incorporar la fuerza en las cosas típica de algunos delitos patrimoniales (como el robo -art. 237 y 238 CP-) o de otra clase (por ejemplo, la realización arbitraria del propio derecho -art.455- o el delito de quebrantamiento de condena-arts. 469 y 470 CP), por citar algunos ejemplos. Ello no quiere decir que no pueda concurrir fuerza en las cosas en la ocupación (p.ej. rompimiento de una cerradura o candado), sino que ésta queda absorbida en la acción de ocupación, no por la vía del concurso real de delitos penándose separadamente los daños causados como delito autónomo.

c) 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). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.

d) Es irrelevante, a efectos de tipicidad, que la titularidad del inmueble ocupado pertenezca a un particular o a la Administración. La facultad de autotutela de que dispone la Administración Pública para recuperar por sí misma la posesión de bienes y derechos indebidamente perdidos (art. 41 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) no representa ningún

⁷⁷. Nótese el paralelismo existente con las modalidades de ejecución previstas en el art. 202.1 para el delito de allanamiento de morada, castigando al particular que sin habitar en ella, entrara en morada ajena o *se mantuviera en ella contra la voluntad de su morador*.

obstáculo a la protección penal, al no afectar a la tipicidad. Por otra parte, que la vivienda esté simplemente “vacía” no permite concluir sin más que está “deshabitada”, a menos que se halle en estado de ruina (inhabitabilidad) o abandono, en cuyo caso la conducta debe estimarse atípica.

e) Que quien lleva a cabo la acción de ocupar carezca de título jurídico que legitime tal posesión. Por el contrario, si hubiera existido autorización para ocupar el inmueble, aunque fuera temporalmente, o como mero precarista⁷⁸, la acción no debe reputarse como delictiva, dejando a salvo las acciones civiles que correspondan al titular para la recuperación de la posesión.

f) 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 en esta modalidad deberá ser expresa.

g) En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que no admite la forma imprudente. El dolo debe abarcar el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. La concurrencia de este elemento permite encuadrar la conducta que va más allá de los actos de protesta social como mero carácter simbólico, en los que no hay voluntad de perturbar la posesión ajena de forma permanente o indefinida⁷⁹.

h) Se trata de un delito de mera actividad, por lo que no caben formas imperfectas de ejecución. Es, además, un delito permanente, por lo que continúa perpetrándose en tanto no se realice la conducta contraria que ponga fin a la ocupación.

78. No podemos examinar en profundidad el concepto de precario. Baste ahora con decir que la jurisprudencia (S TS, Sala I, de 28 de febrero de 2017, y las que en ella se citan - SS 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre -) entiende por tal la situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.

79. Precisamente en el caso concreto de la sentencia 800/2014, y tras razonar sobre la atipicidad de las ocupaciones *ocasionales, esporádicas o sin vocación de permanencia*, como por ejemplo aquella ocupación que durase un breve período temporal, el necesario para obtener la repercusión pública de la reclamación de carácter social que fundamentaba la acción realizada, consideró que los hechos declarados probados eran típicos, porque “se superó muy ampliamente esta naturaleza de acto simbólico que la ocupación tenía inicialmente como protesta social, para convertirse en una ocupación que los propios ocupantes calificaban como permanente o indefinida, y que habría de durar hasta que consiguiesen sus reivindicaciones, sin consideración alguna al perjuicio que determinaba para los usos ordinarios a los que su titular destinaba la finca, prolongándose la perturbación de forma desproporcionada durante dieciocho días”.

Esta última circunstancia produce efectos significativos en otros ámbitos, singularmente en sede de prescripción del delito, cuyo plazo es de un año conforme al art. 131.1 CP, dado que tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito del art. 245.2 CP constituye delito leve, no menos grave, como en su origen en el año 1995. El cómputo del plazo de prescripción, dada la naturaleza permanente de la infracción, requiere para su inicio el cese de la situación ilícita, comenzando el plazo en ese instante, de acuerdo con lo previsto en el art. 132.1 del propio Código.

Precisamente la condición de delito leve produce también efectos propios en otras dos importantes instituciones: para la apreciación de la agravante de reincidencia (art.22.8ª CP) y para la consideración de la primariedad delictiva a efectos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por otro delito que hubiera podido cometer el mismo sujeto activo (art. 80 CP).

3.2.2- El bien jurídico protegido.

La Doctrina no muestra unanimidad en torno a la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de ocupación pacífica. Algunos autores consideran tal la posesión derivada del derecho de propiedad -posesión continuada en el tiempo-. Frente a ello, el sector mayoritario lo sitúa en la posesión real, esto es, la que comporta el goce efectivo de la cosa manifestado externamente, incluyendo, por ejemplo, al usufructuario y al arrendatario como poseedores materiales inmediatos, además de al titular dominical). En palabras de Herranz Castillo, consistiría en “el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión u otros derechos reales”⁸⁰.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, en sus sentencias de 18.01 y 15.02.18, y en el auto de 20.05.19, señalan que el bien jurídico protegido no es la propiedad, sino la posesión, y no la mediata ni la civil, sino la posesión material, real, efectiva o inmediata; planteamiento que sirve de base al Tribunal para descartar la antijuricidad material de la ocupación pacífica de inmuebles cuando éstos se encuentran en estado de abandono o ruinoso, o no se tiene sobre él ningún control posesorio.

80. Herranz Castillo, Rafael: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 435 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2000. El autor añade a continuación lo siguiente: “Allí donde no existen posesión, uso ni disfrute, ni aprovechamiento económico a través de relaciones jurídicas (contratos de alquiler, usufructo, habitación, u otros), no existe bien jurídico protegido”.

En efecto. Por su especial interés en el ámbito territorial de Baleares (y puesto que no cabe en este punto unificación por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación, dada la naturaleza de delito leve de la infracción que examinamos) merece la pena detenerse en la reciente sentencia número 27/2020, de 22 de enero, de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda. Esta sentencia, invocando el Acuerdo del Pleno de unificación de criterios de las Secciones Penales de la propia Audiencia de 28.05.19, destaca que faltará la antijuricidad material no sólo cuando la ocupación recaiga sobre inmuebles en estado ruinoso, sin reunir las mínimas condiciones de habitabilidad, que no son susceptibles de ser efectivamente poseídos por sus propietarios, sino también en los supuestos de largos periodos de abandono o desinterés por parte de su titular. Tal falta de interés o despreocupación del titular constituye -dice- “una suerte de abandono, pero entendido en un sentido jurídico de la expresión”. Anuda a ello que “la exigencia de que la lesión al bien jurídico protegido sea intensa hace que cuando el sujeto pasivo de estos ilícitos sean personas jurídicas dedicadas a la gestión de activos o de entidades bancarias cuyo objeto es la obtención de beneficios (negocio bancario) el abandono o desinterés habría de equipararse a aquellos supuestos en los que estas mercantiles han hecho dejación de cualquier tipo de control o de explotación sobre el inmueble, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando los tienen en su cartera de activos, pero sin ofrecerlos en el mercado en venta o en alquiler y sin hacerse cargo del pago de los gastos de comunidad, ni de los impuestos que gravan la propiedad u otros arbitrios”.

La misma resolución, tras reconocer que el delito de usurpación no distingue por razón del sujeto pasivo, señala que la lesión al bien jurídico se presenta mayor y reviste más relevancia y socialmente se considera más digna de reproche (teoría de la adecuación social) cuando la ocupación afecta a un particular que cuando perjudica a una entidad bancaria o de posesión de activos que, por lógica, tiene en cartera estos inmuebles para su explotación y para extraer de los mismos un rendimiento y unos beneficios de su explotación mercantil que son sustanciales al mismo negocio financiero que constituye el objeto de su actividad, de manera que si no los pone en el mercado para su adquisición o alquiler por los ciudadanos su ocupación, aunque llegue a ser contraria a derecho, no parece que deba ser sancionada en sede penal, ya que esta vía punitiva ha de quedar reservada para los atentados más graves e importantes contra la propiedad, sobre todo cuando el ordenamiento prevé otras opciones más razonables para restablecer la perturbación posesoria, tales como, la sanción administrativa a través de la Ley de Seguridad Ciudadana⁸¹ o el procedimiento interdictal”.

81. Se está refiriendo al art. 37.7 de dicha ley.

Con todo, algún autor ha incluido también como objeto de protección, pese a la ubicación entre los delitos patrimoniales, el orden público (entendido como límite a manifestaciones colectivas de protesta pública), la seguridad ciudadana o la seguridad del tráfico inmobiliario.

3.2.3.- Circunstancias eximentes.

a) El estado de necesidad. Con cierta frecuencia se invoca en la práctica el estado de necesidad, previsto como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal en el art. 20.5 del Código Penal. Nuestros juzgados y tribunales son reacios a su apreciación, normalmente porque no se acredita la situación de un mal grave e inminente que haga necesario lesionar el bien jurídico de otro⁸². Con todo, en algún caso de indigencia probada y absoluta carencia de toda posibilidad de acceder a una vivienda lo han estimado.

Probablemente late aquí la consideración del principio de intervención mínima del Derecho penal, que si bien se orienta primordialmente al legislador, en ocasiones es tomado en consideración también como criterio hermenéutico a la hora de aplicar la norma penal. Sin embargo, la postura que al respecto mantiene el Tribunal Supremo no parece favorable a ese entendimiento: como recuerda su sentencia 96/2002, de 30 de enero, “reducir la intervención del derecho penal, como última *ratio*, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”.

b) Con menor éxito se ha invocado también en alguna ocasión el derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 de la Constitución Española, anudándolo a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el art. 20.7 CP, para justificar la ocupación pacífica. Esta postura choca sin embargo

82. Puede citarse al respecto la S AP Murcia, Sección Segunda, núm. 193/2019, de 24 de junio. Aun admitiendo en el caso que la ocupante tiene tres hijos, teniendo una hija con retraso, que no tiene trabajo y los cuida sola y que alegó no tener otra alternativa de vida, y declarando que “la situación es lamentable, indigna para un estado social como se dice que es España, que debe ofrecer por el través de las autoridades administrativas y sociales los medios para satisfacer sus necesidades habitacionales y de atención a los ciudadanos españoles”, concluye no acreditado, y que aun así tampoco sería amparable en la eximente, “que sólo pudiera subvenir sus necesidades mediante la realización del hecho ilícito asaltando aquello que no era suyo”. Y concluye: “La solución al problema de la vivienda no puede venir por esta vía, por existir otras posibilidades o remedios razonables y asequibles distintos a cometer la infracción”.

con la importante circunstancia de que el derecho reconocido en el art. 47 la CE se integra no en el bloque de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I (como el derecho a la propiedad, recogido en el art. 33), sino en el de los principios rectores de la política social y económica, que se ubica en el Capítulo III del mismo Título. No tratándose, pues, de un derecho fundamental (dentro del llamado “núcleo duro”), no puede servir de base para la justificación de la ocupación de viviendas.

3.2.4.- Penalidad.

La pena prevista para el delito de ocupación pacífica de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada es la multa de tres a seis meses. A diferencia de lo que ocurría en la usurpación violenta del art. 245.1, donde vimos que la pena había de fijarse atendiendo a los criterios específicos de “utilidad obtenida” y “daño causado”, en el art. 245.2 CP no hay referencia alguna a tales parámetros, por lo que ha de estarse a los criterios generales a los que se remite el art. 50.5 CP⁸³. El legislador no hizo uso aquí de la posibilidad que contempla el art. 52.1 CP, de establecer la multa según un criterio de proporcionalidad en relación al “daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo”. Esta posibilidad, y singularmente el criterio referido al beneficio reportado por el delito, parecería más coherente con la punición prevista en el art. 245.1 anterior a la reforma del año 2010, en el que la pena -de multa- debía fijarse conforme a aquellos criterios de utilidad y daño; al menos en cuanto al primero, puesto que, como hemos dicho, nos encontramos ante un delito patrimonial “de enriquecimiento”, a diferencia de otros delitos contra el patrimonio que no responden a otra naturaleza, como ocurre con el delito de daños, previsto en el art. 263 CP, y donde el criterio de individualización de la pena de multa, cuando opera como delito menos grave (cual era el caso del art. 245.2 hasta la reforma de 2015) es “la condición de económica de la víctima y la cuantía del daño”⁸⁴.

Hasta la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, la ocupación pacífica de vivienda que no constituya morada era en todo caso delito menos grave. No había figura homóloga en el derogado Libro III

83. Art. 50.5 CP: Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

84. Cuando la cuantía de los daños no supera los 400 euros, la infracción constituye delito leve castigado con pena de multa de uno a tres meses, sin que para ese supuesto se contemple aquella regla especial para la individualización de la pena.

(Faltas). El art. 624, referido a la usurpación, sólo contemplaba como tal clase de infracción las conductas previstas en los arts. 246 y 247, siempre para el supuesto de que la utilidad reportada no superase los 400 euros⁸⁵.

Tras la reforma producida por la LO 1/2015, y por efecto de la nueva previsión en la Parte General del Código Penal, concretamente en los arts. 13.3 y 13.4, en relación con el art. 33.4 g) del mismo, el delito es en todo caso -y pese a que la figura no tenía modalidad en el libro III como falta-, delito leve. Seguramente no fuera esa la intención del legislador, como es bien sabido, sino que ese resultado (con éste y con otros delitos) obedece más bien al empleo de una técnica defectuosa que no tuvo en cuenta que aquellos delitos menos graves castigados únicamente con pena de multa cuyo suelo fuera tres meses pasaban automáticamente a la nueva categoría de delitos leves.

3.2.5.- Aspectos procesales.

Dos aspectos procesales nos conectan directamente con lo expuesto en el apartado precedente.

La primera es que, tras producirse el efecto no deseado de la transformación en delito leve de varios delitos hasta entonces menos graves -y entre ellos la ocupación pacífica del art. 245.2 CP-, el legislador buscó “paliar” de algún modo las consecuencias derivadas del mismo, singularmente la eventual afectación del derecho de defensa, toda vez que en el Juicio por Delito Leve, regulado en el Libro VI de la LECrim, no era necesaria la intervención de Abogado y Procurador. Por esta razón, y a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, modificó el art. 967.1 LECrim, estableció que para el enjuiciamiento de delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses -como acontece en el delito del art. 245.2 CP, donde la pena única es multa de tres a seis meses-, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación; esto es, intervención de Abogado y Procurador⁸⁶. Ello no obstante, la presencia del denunciado en el acto del juicio sigue sin ser

85. Por cierto que, como efecto de la reforma operada por la LO 1/2015, se produce la siguiente peculiaridad en la usurpación regulada en los arts. 246 y 247: siempre será delito leve (no menos grave), pero la pena variará en razón a que la utilidad reportada supere o no los 400 euros. En el primer caso, la pena mínima será de tres meses multa y podrá alcanzar hasta los dieciocho meses; en el segundo, la pena oscilará de uno a tres meses multa. En todos los supuestos, la individualización de la pena de multa habrá de seguir los criterios generales.

86. Nótese bien que lo que ordena el precepto es “aplicar las reglas generales”; lo cual debe entenderse referido a todas las partes procesales, incluida aquella que pretenda ejercer la Acusación Particular, lo que no está previsto con carácter general para el juicio por delito leve, ni lo estaba tampoco para el anterior Juicio de Faltas.

preceptiva, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 971 LECrim, conforme al cual la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél⁸⁷. Es más: la previsión de celebración del juicio en su ausencia, además de coherente con la regulación prevista en el art. 786.1, párrafo segundo, LECrim para el Procedimiento Abreviado, se contempla también para el supuesto del juicio rápido por delito leve del art. 964.3 LECrim⁸⁸.

La segunda es que la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, emitida a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015 en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente al abordar la cuestión del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en el ámbito de los delitos leves, excluye su aplicabilidad al delito del art. 245.2 CP precisamente en razón a su carácter de delito menos grave anterior a la reforma.

A los dos aspectos que acabamos de comentar, y por su evidente interés práctico, debe añadirse la cuestión sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento seguido por delito leve de ocupación pacífica. Se plantea aquí concretamente si el Juzgado de Instrucción, competente para la tramitación de esta clase de proceso, puede acordar cautelarmente el desalojo de los ocupantes. Al respecto ha de verse que, a diferencia de lo que sucede en sede de Procedimiento Abreviado, concretamente en los arts. 763 y 764 LECrim, que -no lo olvidemos- resultaban de aplicación hasta la LO 1/2015 en la tramitación de las causas por delito del art. 245.2 CP, al ser éste entonces delito menos grave, no hay una regulación específica en sede de Juicio por Delito Leve.

Aunque algún sector doctrinal, basándose en la ausencia de una auténtica fase de instrucción y la celeridad que caracteriza este procedimiento (y antes

87. Nótese sin embargo la diferencia de regulación en relación al Procedimiento Abreviado. El art. 786.1, párrafo segundo LECrim -relacionado con el art. 775.1 LECrim en cuanto a la obligación del acusado de designar domicilio o persona para notificaciones, citaciones y requerimientos-, establece que la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, *estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento*, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años. El subrayado, que es nuestro, hace referencia a un contenido que es o puede ser diferente al previsto en el art. 967.1, referido a que el juez *crea necesaria la declaración del acusado*.

88. Aunque existe la misma previsión para el supuesto del juicio por delito leve inmediato, del art. 962 LECrim, ha de recordarse que éste no es cauce procesal adecuado para el delito de ocupación pacífica del art. 245.2 CP, puesto que no es uno de los supuestos previstos en el numeral 1 de aquel precepto.

al Juicio de Faltas), considera inviable tal posibilidad, en nuestra opinión sí resulta posible su adopción conforme a lo previsto con carácter general (para toda clase de delitos, y el art. 245.2 sigue siendo delito, aunque sea delito leve) en el art. 13 LECrim para proteger al perjudicado u ofendido por el delito. Al respecto ha de tenerse en cuenta que el delito del art. 245.2 CP se encuentra entre los delitos contra el patrimonio y, por tanto, contemplado en el art. 57.3 CP en relación con el número 1 del mismo artículo; precepto que prevé la posibilidad de imponer las penas del art. 48 CP, entre las que se cuenta la de alejamiento y hasta la utilización de medios de control electrónicos. Tal posibilidad permite, por efecto de la previsión del art. 544 bis LECrim, su aplicación como medida cautelar, pues a pesar de la objeción según la cual el art. 544 bis, al utilizar la expresión “que se investigue” un delito del art. 57 CP, está aludiendo a una fase de instrucción -de la que el juicio por delito leve carece-, desconoce sin embargo que en ocasiones sí puede haber alguna actividad de investigación en esa clase de juicios, amén de que en algún supuesto también se contempla expresamente su posibilidad, como acontece, por ejemplo, en el art. 544 ter, 4 LECrim al tratar de la orden de protección.

Con todo, y por efecto del ejercicio acumulado de la acción civil al proceso penal, lo probable es que, en caso de pronunciamiento penal condenatorio, la sentencia acuerde el desalojo; si bien, mientras se tramita la apelación, podría resultar de utilidad el mantenimiento de la medida cautelar adoptada, pues no puede olvidarse que se trata de un delito permanente.

4.- LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL Y SU TENDENCIA AL ENDURECIMIENTO PUNITIVO.

En el momento actual, la tipificación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyan morada no cumple adecuadamente su función preventivo general (función disuasoria). La incorporación de la conducta al Código Penal, primero como delito menos grave y luego, tras la reforma de 2015 y de forma inesperada, como delito leve, no ha logrado una disminución de casos. Antes al contrario: se trata, en palabras del auto AP Barcelona, Secc. 9ª, 601/2019, de 29 de octubre, de una fenomenología criminal en auge⁸⁹.

89. Como recuerda la referida resolución, la ocupación ilegal de viviendas “ha hecho converger los colectivos de personas en situación de especial vulnerabilidad y la organización delictiva en torno a la posesión inmobiliaria”. Y añade: “nos hallamos ante un grave fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas, según publicaba, recientemente, el diario Expansión, en nuestro país hay entre 85.000 y 90.000 viviendas *okupadas*, de las que más de tres cuartas partes son propiedad del sector financiero. Con ello, al menos 70.000 pisos en manos de las entidades están habitados de forma ilegal. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, en 2015, se incoaron 22.917 procedimientos penales por usurpación, de los

La insatisfacción generalizada ante la respuesta penal actual deriva, sobre todo, de la incapacidad para obtener la recuperación inmediata de la posesión, que podría lograrse a través de las medidas cautelares, cuya problemática ya hemos examinado antes. También confluyen otros factores, como la dificultad de identificación de los ocupantes en el proceso penal, cuando son varios, además de la imposibilidad de acordar su detención, por impedirlo el art. 495 LECrim por tratarse de delito leve. A ello se suma la posición restrictiva antes abordada que considera la tipificación de la ocupación como el reflejo de una política criminal expansiva y que propone acudir a la respuesta que otros órdenes ofrecen a los ataques posesorios, principalmente el orden civil (y en menor medida, administrativo), por considerarlos suficientes para proteger la posesión.

En relación a esta última cuestión debe señalarse que la insatisfacción general derivada de la lentitud de los procesos civiles para recuperar la posesión ha disminuido recientemente gracias a la reforma de la LEC por la Ley 5/2018.

Sin entrar en profundidad en la cuestión, por exceder notoriamente el marco de nuestro trabajo, debe decirse que, además de las acciones generales para la tutela posesoria y obtener su recuperación (proceso declarativo), y del procedimiento de desahucio por precario (art. 250.1.2º LEC), la protección civil de la posesión viene facilitada por dos procedimientos específicos: a) el art. 250.1.7º LEC, siempre que el afectado sea titular registral. Se trata del procedimiento que históricamente contemplaba el art. 41 de la Ley Hipotecaria, que fue modificado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)⁹⁰, y que permite la adopción de medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del pronunciamiento que se dicte (art. 441.3 LEC), amén de establecer la necesidad de prestación de caución para oposición salvo dispensa (art. 444.2 LEC); y b) el art. 250.1.4º LEC, que regula la tutela interdictal y que mediante la reforma operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, ha ampliado notablemente los sujetos a los que se refiere su párrafo segundo, su agilización procedimental y, en fin, su eficacia.

Interesa destacar ahora que la Ley 5/2018, añadió también un apartado 1. bis al art. 441 LEC, en virtud del cual, cuando se trate de una demanda de

cuales solo fueron calificados 3461, mientras que el número de procedimientos penales incoados en 2016 se redujo a 12.900, de los que tan solo fueron calificados 1.057. A su vez, en 2012, se incoaron 12.482, de los cuales fueron calificados 1508 y, en 2013, 12.569, y 1525 calificados”.

90. El procedimiento en cuestión es el, promovido por quien siendo titular de derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, demande su efectividad frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el art. 250.1, 4º, párrafo segundo, la notificación se hará a “quien se encuentre habitando aquella”, y se podrá hacer, además, “a los ignorados ocupantes de la vivienda”; previsión cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, del Pleno, de 28.02.19. Es más: a efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Y, si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados.

La agilización de los procesos civiles en el ámbito de la recuperación posesoria viene acompañada de la reforma de otros preceptos, como el art. 150 LEC, al que se añade un párrafo cuarto en línea con lo expuesto, el apartado 3 bis en el art. 437 y un apartado 1 bis en el art. 444, a los mismos fines. Incluso, en su Disposición Adicional, la Ley 5/2018 ordena a las Administraciones públicas competentes establecer medidas ágiles de coordinación y cooperación con los responsables de los servicios sociales, a fin de dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procedimientos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas

Ahora bien. Pese a la agilización prevista por el legislador civil para garantizar la protección posesoria y su recuperación, no faltan intentos que promueven endurecer significativamente la respuesta penal. Es el caso de la “Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas”, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el año 2018. Su íntegro contenido puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 242-1, de 6 de abril de 2018, la. En su Disposición Final Sexta contemplaba una reforma del art. 245 CP que, manteniendo su actual apartado 1 (ocupación violenta), introducía las siguientes modificaciones:

a) Una nueva modalidad típica consistente en la ocupación con fuerza en las cosas, que pasaría al número 2 del mismo artículo, manteniendo la misma regla concursal y la penalidad previstas en el apartado 1, a excepción de la regla de individualización de la pena conforme a la “utilidad obtenida” y “daño causado”, que no se contempla en este caso.

b) La ocupación pacífica, en el numeral 3, pasaría a ser delito menos grave, castigándose con pena de multa de seis a doce meses; lo cual se propone

con la finalidad declarada -según leemos en la Exposición de Motivos- de “evitar, como viene sucediendo de forma ininterrumpida hasta ahora, que el número de viviendas ocupadas siga creciendo incesantemente, igual que lo hace el perjuicio de sus legítimos propietarios”⁹¹. Además, cuando el delito se cometiera con la finalidad de utilizar el inmueble, vivienda o local para realizar otras actividades delictivas, la pena pasaría a ser prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de las penas en que pudiera incurrir por los delitos conexos a la ocupación del inmueble.

c) En el numeral 4 se introduciría una nueva modalidad específica dirigida al castigo de quien, con lucro o ánimo del mismo, media o interviene para que otra persona ocupe sin justo título un inmueble, vivienda o local ajenos que no constituyan morada habitual, o para que se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular. La conducta se castiga con pena de prisión de uno a dos años y multa de seis meses a un año, sin perjuicio de las penas en que pudiere incurrir por las violencias que en su caso hubieren ejercido con tal finalidad. También contempla una agravación específica para el supuesto de las comúnmente conocidas como “inmobiliarias ocupas”: “Cuando el que cometiere el delito formare parte de un grupo u organización criminal, será castigado, además de con las penas en que incurriere por dicha pertenencia, con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada”.

La nueva tipificación se acompañaba de una reforma de carácter procesal: la inclusión del delito de usurpación del art. 245 (todas sus modalidades, incluida la ocupación pacífica) entre los delitos expresamente previstos para su tramitación por el cauce del Procedimiento Especial de Enjuiciamiento Rápido (“Juicio Rápido”, comúnmente) del art. 795. 1. 2ª LECrim. Y no sólo eso: también se proponía ese cauce procesal para el delito de allanamiento de morada, del art. 202 CP (lo que generaría un problema de colisión de normas, ya que el art. 1.2, d) de la LOTJ contempla este delito como propio de la competencia del Tribunal del Jurado, ámbito para el que no tiene cabida el Juicio Rápido).

Algunos autores se han mostrado abiertamente partidarios de alguna de estas propuestas de reforma. Tal es el caso de Magro Servet, que considera beneficiosa una modificación del actual art. 245.2 para su incriminación

91. La categorización como delito menos grave -art. 13.2 y 33.3 CP- comporta un plazo de prescripción mayor, que pasa de uno a cinco años, lo que evitaría la impunidad de la infracción por prescripción derivada de la saturación y retraso de los juzgados.

como delito menos grave⁹². El mismo autor propone la creación de una nueva medida cautelar específica que permita instar del Juez de Instrucción que conozca de la denuncia por ese delito una medida cautelar urgente dirigida a la inmediata recuperación del inmueble: se trataría de introducir un nuevo apartado en el art. 544 (el *sexies*) de la LECrim, con la siguiente redacción: “En los casos en los que se investigue un delito del art. 245 del Código Penal, el juez o tribunal adoptará motivadamente la medida de lanzamiento en el plazo máximo de 72 horas desde la petición cautelar, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título posesorio por el que están ocupando el inmueble”. En un segundo párrafo diría: “antes de efectuar el lanzamiento podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento en el caso de que por las circunstancias del caso así se apreciare”.

En nuestra opinión, la configuración de la ocupación pacífica como delito menos grave derivada de la propuesta de endurecimiento punitivo parece orientada en realidad a otros fines. Entre ellos está facilitar la aplicación de la medida cautelar dirigida a la recuperación posesoria inmediata en el proceso penal; pero también posibilitar la detención de los ocupantes sin título (superando la limitación del art. 495 LECrim, que impide la detención por delito leve) y, secundariamente también, la finalidad preventiva especial, ya que queda ampliado el plazo de prescripción de la infracción penal y de cancelación de antecedentes a efectos de reincidencia, amén de su cómputo a efectos de reincidencia.

Entendemos, en fin, que la respuesta penal a la actual situación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no debe ser el endurecimiento punitivo, sino la adopción de medidas específicas en otros campos, singularmente civil y administrativo, estimándose que la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, constituye un primer paso.

92. El autor se muestra favorable con una reforma del art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal que posibilite a los presidentes de comunidades de propietarios para requerir a los ocupantes la cesación de la ocupación, con apercibimiento de inicio de acciones legales, así como para ejercitar éstas instando el desalojo. También se muestra conforme con una modificación del art. 15 de la LO 4/2015, de seguridad ciudadana, que considerara legítima la entrada, registro e identificación de los ocupantes de viviendas u otras edificaciones que no tengan la condición de domicilio en los casos en que su legítimo titular hubiera denunciado la ocupación y existiesen indicios suficientes de la posibilidad de utilización de aquéllas con fines delictivos. Magro Servet, Vicente: “La inminente reforma civil y penal en materia de *okupación* de inmuebles”. Diario La Ley núm. 9204, Sección Doctrina, de 24.05.18. Editorial WoltersKluwer.

Bibliografía consultada

Aragonés Seijo, Santiago: “La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario núm. 760. Marzo 2017.

García de Herrera Fernández, Jorge. “Notas prácticas acerca del delito de usurpación de viviendas. Especialidades en los casos de viviendas de protección o titularidad pública”. El Consultor de los Ayuntamientos, N° 1, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Ene. 2017, Ref. 56/2017, pág. 56, Editorial WoltersKluwer.

Hernández García, Javier “La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario”. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, CGPJ 2005.

Herranz Castillo, Rafael: “Desobediencia civil, ocupación y derecho a la vivienda” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 435 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2000.

Jiménez París, José Miguel: “Okupación vs ocupación: ¿dos realidades distintas para un mismo tipo penal?”. La Ley Penal núm. 125. Sección legislación aplicada a la práctica. Marzo-abril 2017. Editorial WoltersKluwer.

Magro Servet, Vicente: “La inminente reforma civil y penal en materia de *okupación* de inmuebles”. Diario La Ley núm. 9204, Sección Doctrina, de 24.05.18. Editorial WoltersKluwer.

Morales Prats, Fermín: “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales”. Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial). Colección: Estudios de Derecho Judicial, vol. 2, año 1996. CGPJ.

Muñoz Conde, Francisco: “Derecho Penal. Parte Especial”. 21ª edición (pág. 370) Tirant lo Blanch. Año 2017.

Queralt Jiménez, Joan J: “Derecho penal español. Parte Especial”. 2015, 1ª edición. Ed. Tirant lo Blanc.

Rodríguez Padrón, Celso: “La protección penal del domicilio”, en “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II”. Cuadernos de Derecho Judicial, Vol 1, año 1998. Consejo General del Poder Judicial.

Solaz Solaz, Esteban: “La usurpación pacífica de inmuebles y sus consecuencias”. La Ley Peal, nº 141, Sección Estudios, noviembre-diciembre 2019. Editorial WoltersKluwer.