

## **2. INTERVENCIÓN DE D<sup>a</sup> SONIA I. VIDAL FERRER MAGISTRADA JUEZ DECANA DE PALMA, EN MESA REDONDA SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA OCUPACIÓN DE INMUEBLES**

### **La ocupación de inmuebles: posibles soluciones**

La ocupación de inmuebles ha sido una cuestión que siempre ha tenido trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico. Goza de una amplia protección civil, pero también existen comportamientos que el legislador ha considerado merecedores de protección penal, bien porque esa ocupación afecta a la morada (vivienda), bien porque puede concurrir violencia y/o intimidación, sean constitutivas de morada o no o, incluso cuando se produce una ocupación pacífica de inmueble ajeno. Esta última protección ha estado vigente en distintas épocas y en la actualidad, desde 1995, se protege la ocupación de inmueble no constitutivo de morada sin violencia y/o intimidación que se alza como la protección más controvertida desde el mismo momento de su legislación.

Se ha producido una evolución en los sujetos activos de estos tipos penales, principalmente en el art. 245.2 CP, donde en el momento en que se introdujo su regulación se pensaba esencialmente en los movimientos sociales conocidos como “okupas”, si bien tras la crisis económica de estos últimos años, los sujetos activos también responden a personas en condiciones de vulnerabilidad social y económica cuyas circunstancias son tenidas en cuenta bien por la legislación bien por las resoluciones judiciales. Partiendo de la protección penal a inmuebles que son morada y de aquellos que no lo son y atendida la conflictividad existente en la aplicación de esta normativa se pretende examinar los supuestos más habituales y qué trato procesal puede resultar más oportuno para la rápida obtención de una tutela judicial efectiva, y ello siguiendo el camino abierto por la Instrucción del Fiscal Superior de las Illes Balears dictada a 10 de junio de 2019.

## SUPUESTOS DE OCUPACIÓN DE MORADA O VIVIENDA OCUPADA POR SU TITULAR

### Artículo 202 C.P.

1. *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.*

2. *Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.*

Se está ante supuestos de ocupación de viviendas en los que reside habitualmente su titular. En estos casos se tutela la inviolabilidad del domicilio, busca garantizar el ámbito de intimidad, de privacidad de la persona dentro de un espacio limitado de su elección, y que debe quedar exento de agresiones exteriores de personas o autoridades públicas, salvo consentimiento. La intimidad personal y familiar es el valor constitucional protegido.

La principal cuestión, a efectos prácticos, es determinar qué morada está protegida, qué es domicilio para gozar de la protección constitucional y así incurrir en el tipo delictivo del art. 202 CP.

STS 6 de julio de 2017: <<2.- Siendo así en relación en el delito de allanamiento de morada, en STS 1426/2005 del 5 diciembre , hemos dicho que la inviolabilidad del domicilio” 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”, exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada STC 22/84 , «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que, como decimos, explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el art. 202 CP , de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» 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 exige el tipo diseñado por el legislador un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se «ponga» el tipo objetivo con conciencia de que entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invada el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad (STS. 14.6.2000). La conducta positiva entrar o permanecer en morada ajena ha de realizarse contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta; no es necesario que sea expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho de otros antecedentes (STS. 17.11.2000), solo se exigirá el dolo genérico de entrar o mantenerse en morada ajena contra la voluntad del morador, sin requerirse la presencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto (STS. 17.11.2000) bastando con la conciencia de la ajenidad de la morada y de la ilicitud de la acción.>>*

Es importante no olvidar que domicilio no solo consiste en el habitual, donde se reside normalmente, es un concepto más amplio que abarca otras situaciones, así la STS 11 de diciembre de 2014: << *En la STS de 14 de junio de 1995 ya se advertía que “ el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad “...Y también recordaba la STS 731/2013, de 7 de octubre que “el Tribunal Constitucional, ha identificado el domicilio con un «espacio apto para desarrollar vida privada» ( STC 94/1999, 31 de mayo , F. 4), un espacio que «entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad», «el reducto último de su intimidad personal y familiar» ( STC 22/1984 , STC 60/1991 y 50/1995 , STC 69/1999, 26 de abril y STC núm. 283/2000, 27 de noviembre )”.* Y que “ *Esta Sala, entre otras en la STS 1108/1999, 6 de septiembre, ha afirmado que «el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental» (SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7- 1996)”.*

*Por lo tanto, el concepto de domicilio es más amplio que el que se deriva de una mera constatación administrativa o tributaria relativa al lugar donde se fija la residencia a esos efectos, para constituir el lugar cerrado que una persona dedica al desarrollo de todos o de algunos aspectos de su privacidad, que, por esa razón, debe quedar protegido de la presencia indeseada de terceros y, especialmente, de las autoridades públicas, salvo los supuestos excepcionales previstos en la ley.>>*

Así pues, para considerarse morada no hay que estar a conceptos administrativos o tributarios, sino que tienen una cabida más amplia, siempre que pueda encajar con las descripciones ofrecidas, que sea un lugar acotado destinado al desarrollo de la vida privada. Se podrán considerar incluidas las segundas residencias en zonas costeras, en el campo o anexos siempre que estén conectadas con la morada, una tienda de campaña, una habitación de hotel, una cueva, un camarote de barco o un coche remolque.

El delito de allanamiento de morada es un delito menos grave condenado con pena de prisión de seis meses a dos años y tiene un subtipo agravado, art. 202.2 CP, que aumenta hasta cuatro años, si media violencia o intimidación en su comisión, se exige una fuerza real, material para poder acceder o mantenerse en la vivienda. Es frecuente que además pueda ir acompañado de la comisión de otros tipos delictivos como daños o defraudación del fluido eléctrico, etc. Se trate sólo de un mero allanamiento, o de su versión agravada o concurrente con otros delitos cabe la actuación inmediata de los cuerpos policiales, sin necesidad de acudir al amparo del juez. Se está ante la comisión de un delito, si los ocupantes permanecen en su interior, es flagrante, lleva aparejada pena de prisión, y cabe el desalojo inmediato, incluso la detención de los ocupantes.

Una cuestión que puede plantearse es qué sucede si llevan un tiempo ocupando la vivienda porque se trate de una segunda residencia o bien el titular haya permanecido un tiempo sin ocuparla (una estancia larga en el extranjero o en un hospital, ...). No se considera que una acción ilegal por prolongarse en el tiempo la legitime frente al derecho del titular de recuperar de forma inmediata su vivienda. No se ha desarrollado un derecho a la intimidad del ocupante frente al derecho, de rango superior, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio que tiene el titular, quien además es muy posible que sea quien esté sufragando los suministros de la casa, que otro disfruta sin su consentimiento, o que le haya ocasionado unos daños en la vivienda y usado sus enseres personales, siendo realmente muy difícil que realmente vaya a verse resarcido de los perjuicios que se le han ocasionado.

Con todo, conviene adoptar medidas por parte de los cuerpos policiales, cuando los moradores ilegales son desalojados o detenidos y no pueden o no retiran sus enseres. En el caso de desalojo, deberían retirar sus cosas. En caso contrario o si hay detención, los enseres deberían depositarse en un depósito municipal o en el juzgado para su devolución, para que puedan ser retirados por sus dueños. Sería aconsejable que quede constancia de qué hay en la casa, mediante un acta o una videograbación, para evitar posibles problemas que pudieran darse con posterioridad sobre los enseres que había, y ello además

permitirá constatar el estado del inmueble. En cuanto a los bienes, se estima como una opción válida, que podría aplicarse subsidiaria y analógicamente el art. 703.1 LEC cuando hay que ejecutar una sentencia que implica la entrega de un inmueble a quien tiene derecho al mismo, equiparable al desalojo y devolución de la vivienda a su titular, se requiere al titular de los enseres para que sean retirados en el plazo de un mes y si no lo hiciera se entienden bienes abandonados, pudiendo dar un uso que se creyera conveniente. 703.1 LEC. <<Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo.

*Si en el inmueble que haya de entregarse hubiere cosas que no sean objeto del título, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale. Si no las retirare, se considerarán bienes abandonados a todos los efectos.>>*

Esta solución permitiría en un periodo razonable, devolver las cosas a los ocupantes, o en su defecto disponer libremente de ellos y darles el destino que por el juzgado se estimara pertinente, puesto que la causa acabará judicializada.

## **OCUPACIÓN DEL DOMICILIO DE UNA PERSONA JURÍDICA Y DE ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO**

### **Artículo 203 C.P.**

*1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.*

*2. Será castigado con la pena de multa de uno a tres meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

*3. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su*

*titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.*

El punto 1 contempla un delito menos grave consistente en entrar en contra de la voluntad del titular en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de los horarios de apertura. Si para entrar o permanecer se usa violencia o intimidación, se agrava la pena. En ambos casos, los cuerpos de seguridad podrán proceder a la detención o desalojo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial. La forma de actuación es la misma que para el allanamiento de morada, toda vez que se está ante delitos menos graves.

Al contrario, se configura como delito leve el permanecer en el establecimiento, fuera del horario de apertura y en contra de la voluntad del titular. Aquí, se considera que la entrada sí la hizo con el consentimiento del titular, pero luego permanece en contra de la misma. En este caso, habría que valorar la posible concurrencia de otros delitos, si alguno pudiera alcanzar la categoría de menos grave, se podría proceder a la detención, pero por los demás tipos (por ejemplo, daños). Debe partirse de que se trata de establecimientos u oficinas que sí se abren al público y que la permanencia debe producirse fuera de las horas de apertura, porque durante las mismas podrá procederse de otra manera.

## **OCUPACIÓN DE INMUEBLES DESOCUPADOS POR SU TITULAR QUE NO SON MORADA**

### **1.- ARTÍCULO 245 C.P.**

*1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.*

*2. 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.*

El capítulo V del título XIII regula la usurpación y se compone de los arts. 245 a 247 del Código Penal. El que aquí será objeto de atención es el art. 245,

principalmente en su punto 2, la usurpación sin violencia o intimidación de inmuebles no constitutivos de morada, de conflictiva aceptación y aplicación desde que se reintrodujo en el C. P. de 1995.

El supuesto 1º, se refiere a la ocupación con violencia o intimidación en las personas de un bien inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se castiga con penas de prisión y en el ámbito de un delito menos grave, permite el desalojo, incluso la detención en virtud de esa violencia o intimidación, y ello sin necesidad, en principio, de acudir a la autoridad judicial.

El supuesto que más conflicto produce es el segundo apartado del art. 245 CP, y ello porque si bien su introducción en el año 1995 pretendía dar una respuesta a las ocupaciones realizadas por el movimiento “okupa”, la situación actual muestra que la ocupación se produce en muchos inmuebles que están en manos de entidades bancarias o grupos de gestión, que si bien son titulares, normalmente, tras adjudicaciones judiciales en virtud de procedimientos de ejecuciones hipotecarias, no tienen una posesión real, inmediata y no asumen voluntariamente las obligaciones derivadas de una situación de propiedad horizontal. En otras ocasiones, son viviendas a la espera de ser vendidas, promociones inmobiliarias que se van a poner o que están a la venta y, en definitiva, se trata de viviendas que pasan a ser ocupadas por personas que presentan una situación de vulnerabilidad social y económica, aunque en ocasiones, incluso es por grupos organizados con una vertiente claramente delictual provocando, en todo caso, situaciones de conflicto con los vecinos.

Es un precepto que no supone una novedad en nuestro sistema legal, así se introdujo en el CP de 1848 y estuvo en vigor hasta 1861 y se reintrodujo en 1928 hasta 1931. No obstante, el Código Penal de 1995 lo introduce nuevamente. Como señala D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Almudena Álvarez Tejero, en su artículo de 13 de junio de 2016 para El Derecho, <<La aparición del denominado movimiento «okupa», como reivindicación o acción social para la utilización de inmuebles vacíos con el fin de usarlos como viviendas, lugar de reunión o centros con fines sociales y culturales, haciendo de la ocupación una protesta política y social contra la especulación inmobiliaria, entre otras cosas, unida a la precaria situación económica de segmentos de la población, ha llevado a que la ocupación, sea un fenómeno social con gran incidencia jurídica al utilizarse ya no sólo por grupos de jóvenes reivindicativos, sino también por personas con problemas de acceso a una vivienda>>. Esta es la situación actual, no atiende tanto a movimientos okupas, que también, sino a personas con problemas de acceso a la vivienda e incluso se ocupa con finalidad

delictiva en sí misma, así para la extorsión a la propiedad que, por ejemplo, deba entregar en plazo las viviendas.

## **2.- POSICIONES JURISPRUDENCIALES DESDE SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

Desde su reintroducción en 1995 está abierta una polémica sobre su vigencia, su aplicación y su necesidad que mantiene dividida a la doctrina y a la jurisprudencia. Quienes han abogado en favor de su supresión alegan el principio de intervención mínima del Derecho Penal, el carácter fragmentario y secundario de este derecho, incluso atienden a un principio de insignificancia. Jurisprudencialmente, se refleja en sentencias tales como las de SAP Madrid secc. 29<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2011, SAP de Valencia, secc.3<sup>a</sup>, de 4 de octubre de 2012, SAP Barcelona secc. 10,<sup>a</sup> de 17 de septiembre de 2013 o SAP de Madrid secc. 15,<sup>a</sup> de 27 de enero de 2010, de la que se aporta un extracto: << *La aplicación del principio de insignificancia (que ha sido aplicado por el Tribunal Supremo incluso en el tráfico de sustancias estupefacientes a pequeña escala: SSTs 1889/2000, 11-XII; 1439/2001, 18-VII; 216/2002, 11-V; y 298/2004, 12 -III, entre otras) impide, pues, dictar una sentencia condenatoria, toda vez que el grado de injusto es de un nivel tan escaso que no cabe insertar el comportamiento de la acusada en el texto de la norma penal.*

*La decisión resulta todavía más fundamentada si se pondera que estamos ante un tipo penal cuyo nivel de antijuricidad material ha sido y es muy cuestionado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Esto quiere decir que su interpretación ha de ser restrictiva y de acuerdo con unos criterios teleológicos que no vulneren el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. Por lo cual, cuando en este contexto el nivel de vulneración del bien jurídico se halla incluso dentro de los márgenes de lo ínfimo o de la insignificancia, no parece asumible que opere una norma penal que ya en los supuestos de ataques o menoscabos de mucha mayor entidad mediante la ocupación consolidada de una vivienda deshabitada resulta seriamente cuestionada>>.*

Frente a esta posición está aquella respuesta judicial que ha entendido aplicable el precepto a partir del principio de legalidad, que se busca proteger bienes jurídicos que la sociedad concibe como esenciales frente a los ataques que puedan sufrir, en este caso se busca la protección del derecho de propiedad o el patrimonio inmobiliario y en tanto el principio esté vigente, si se producen los hechos tipificados deberá ser aplicado, SAP Zaragoza secc 6<sup>a</sup>, 12 de marzo



de 2009, <<Por otra parte, en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprochable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente estas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde -la legislativa-, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta.>> SAP Almería secc 1ª, 11 de marzo de 2011, SAP Guipúzcoa secc 1ª, 8 de junio de 2012, SAP Valladolid secc 2ª, 25 de septiembre de 2013.

### 3.- SITUACIÓN ACTUAL

La situación es compleja porque intervienen múltiples factores y principalmente porque si su introducción respondió a una situación de ocupación de inmuebles con unos pretendidos fines sociales por el conocido como movimiento “okupa”, en la actualidad se mueve más hacia la necesidad de subvenir el acceso a la vivienda.

Existe un grave problema de vivienda, de escasez y carestía y no es tratado adecuadamente por quien tiene el deber constitucional de hacerlo. Art. 47, primer párrafo, de la Constitución Española, dentro de los Principios Rectores de la Política social y Económica, establece que: <<Todos los españoles tienen

*derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación>>*. Llamar la atención que se trata de un principio rector de las políticas sociales y económicas, no se trata de un derecho fundamental como tal, y no goza de la protección constitucional que sí tienen estos derechos. Lo que está sucediendo es que, frente a la necesidad de vivienda, o amparados en otros ideales, se están ocupando inmuebles en detrimento de la propiedad privada. En este contexto procede intentar analizar las situaciones reales que más se reiteran e intentar exponer cuál pudiera ser la solución jurídica más adecuada para el restablecimiento de la situación legal, en el bien entendido, que corresponde al poder público ofrecer las respuestas que demanda la población en cuanto a la vivienda.

Centrándonos, en el aspecto legal, el Código Penal de 1995 es reformado por L.O. 1/2015 de 30 de marzo y la usurpación no violenta de inmuebles que no son morada pasa a ser un delito leve. Esta decisión tiene trascendencia a la hora de poder adoptar medidas, no sería procedente la detención y si bien las medidas cautelares pueden ser adoptadas, arts 13 y 544 LECrim y 57 CP, al tratarse de un delito patrimonial, y, aun cuando hay una limitación en el tiempo de duración de un máximo de seis meses, la finalidad buscada es la desocupación inmediata, no obstante, tampoco puede obviarse lo inusual de adoptar medidas cautelares en delitos leves. Paralelamente se van produciendo reformas en otras ramas del Derecho, en sede administrativa, la L.O 4/2015, Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su art. 37.7. Y en sede civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido reformada por Ley 5/2018 de 11 de junio que afecta principalmente a las acciones para recuperar la posesión, los antes llamados interdictos posesorios, y la reforma por Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo que afecta a los procedimientos en resolución de contratos de arrendamientos de vivienda. El conjugar estas legislaciones es una tarea harto complicada, pero según el supuesto de hecho se podrá ir por una vía o por otra.

Reconduciendo la cuestión al art. 245.2 CP, y sentado el complejo panorama legal que se abre cuando se produce una ocupación sin violencia ni intimidación de un inmueble que no es morada, hay que intentar delimitar si procede acudir a la vía penal, y si es así, cuándo. A pesar de las reformas legales producidas en diversos ámbitos, el art. 245.2 CP no ha sido derogado expresamente, y si bien algún sector doctrinal ha defendido la posibilidad de una derogación tácita por el art. 37.7 LPSC, el propio artículo, in fine, indica que será infracción administrativa cuando la ocupación no sea constitutiva de infracción penal, por lo que la deja a salvo, es decir, vigente la regulación

penal, y en todo caso, no dejaría de ser muy llamativo aceptar una derogación tácita en sede penal.

Para intentar delimitar cuándo se está ante la infracción penal y cuándo puede ser administrativa, habrá que acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014, nº 800/2014 que clarifica los elementos que deben concurrir para que se esté ante el tipo delictivo:

### <<TERCERO

*Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles.*

*En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.*

*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 comisión los siguientes elementos:*

*1. 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.*

*2. 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.*

*3. 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.*

4. *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.*

5. *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 afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada.*

#### CUARTO

*Partiendo de estos criterios pueden ya analizarse las alegaciones de la parte recurrente referidas a la indebida aplicación del art 245 2º CP en el caso actual.*

*En primer lugar, se alega, como ya se ha expresado, que los hechos no revisten la suficiente gravedad para fundamentar una condena por delito, desde la perspectiva de la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada. Considera la parte recurrente que la exigencia de una gravedad o intensidad relevante en la ocupación constituye una consecuencia necesaria del carácter subsidiario de la norma penal. Y finalmente estima que en el caso actual la perturbación posesoria es ocasional, sin vocación de permanencia y de poca intensidad, por lo que debe considerarse atípica.*

*La construcción jurídica en que se apoya esta alegación es correcta, en abstracto, según lo anteriormente expuesto, pero no resulta aplicable al caso enjuiciado. En efecto, esta argumentación resultaría aplicable si efectivamente nos encontrásemos ante una ocupación ocasional, esporádica, sin vocación de permanencia, como lo sería la que durase un breve período temporal, el necesario para obtener la repercusión pública de la reclamación de carácter social que fundamentaba la acción realizada.*

*Pero lo cierto es que en el caso actual 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.>>*

Se entiende, así, que la vigencia y aplicabilidad del art. 245.2 CP pasa por la gravedad en la comisión de la conducta, es este el elemento que permite sostener que sigue en vigor y que resulta aplicable.

Se reafirma con la SAP de Baleares de 6 de septiembre de 2019, secc.1ª:

*<< Como ya hemos señalado en otras resoluciones, es cierto que el delito del art. 245.2 se encuentra ubicado entre los delitos contra la propiedad. Pero teniendo en cuenta que dicha propiedad, desde el punto de vista de la protección frente a quien la perturba en perjuicio de su titular, goza de tres niveles de protección, el civil, a través del juicio verbal posesorio del art. 240.1.4º LEC , que ha sufrido una reciente modificación mediante la Ley 5/2018 de modificación de la LEC con el fin de que el propietario logre la inmediata recuperación de la posesión de un inmueble destinado a vivienda e ilegalmente ocupado; la administrativa, a través del art. 37.7 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana ; y la penal a través del delito del art. 245.2 del Código; parece razonable exigir un plus a la infracción de ese derecho de propiedad para justificar la intervención del Derecho penal del sistema sancionador que conlleva; y ese plus, como señalan resoluciones de esta Audiencia, -en concreto los Autos de la Sección Segunda, nº 174/18, de 11 de abril , y 168/18, de 5 de abril - viene determinado por la consideración de que a efectos penales, lo que se protege es, realmente, la posesión material, inmediata y efectiva que el titular ejerce sobre esa vivienda.*

*Como ya dijo esta misma Sección en la sentencia nº 42/2008, de 10 de abril, “Las distintas Audiencias Provinciales, cierto que, con excepciones, vienen realizando una interpretación restrictiva del artículo 245 CP. Desde la concepción de que el bien jurídico protegido por el tipo son las facultades dominicales o posesorias de un titular de derechos sobre un inmueble, se razona que hay intrusiones que no entrañan lesión o peligro significativos para tales potestades, por lo que a la luz del principio de intervención mínima del derecho penal deben quedar fuera de la sanción penal. Se afirma que será preciso que el hecho por el que se acusa cause una perturbación relevante de la pacífica posesión del bien ocupado, que haya impedido efectivamente al titular del derecho de posesión del inmueble el ejercicio de las facultades que dimanar del mismo, para que quede englobado en el supuesto de hecho de la norma. Sólo con esta construcción, se razona, es posible comprender la coexistencia de una protección penal y otra en el ámbito civil mediante las acciones posesorias y reivindicatorias.>>*

Así, es interesante comprobar que, en fechas más recientes, sí se está aplicando el art. 245.2 CP en sentido condenatorio, siendo ya un delito leve, con

menos reticencias que las que se han dado en fechas anteriores y con una delimitación más clara del tipo penal. Examinando la jurisprudencia, por ejemplo, de la Audiencia Provincial de Madrid, que, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014, en algunas de sus secciones, mantenía criterios favorables a la no aplicación del precitado artículo, ahora se aprecia su aplicación, en muchas de sus secciones. Así se puede observar: SAP Madrid, secc. 29 de 24 de enero de 2019: <<Con carácter previo se hace necesario examinar el concepto y elementos del delito de usurpación. Dicho delito, en su modalidad de ocupación pacífica de inmuebles, que como una suerte de “daño colateral” (GONZALEZ RUS) por mor de la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, ha pasado de ser un delito “menos grave” a un delito “leve” (con las consecuencias procesales a ello inherentes), se encuentra tipificado en el artículo 245.2 que sanciona al “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”, el legislador pretende “dar respuesta jurídico penal al fenómeno sociológico de los denominados “okupas”, y para dar mayor protección a los propietarios de viviendas desocupadas que tienen que hacer frente a este tipo de situaciones” (MARTINEZ GARCIA), así pues, la criminalización de dicha conducta se debe a una concreta opción de política legislativa que “parece responder, por ello, más bien a la vigencia de un Derecho penal simbólico” (MESTRE DELGADO), no teniendo en cuenta que “ya por la vía de los interdictos civiles y de las Leyes de Arrendamientos se les da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación y que, en principio, el problema se debe situar en esa vía” (MUÑOZ CONDE), y si bien se reconoce en nuestra Constitución “el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” ( art. 47 CE ) -que es el que se considera infringido por ambos recurrentes- el mismo no se encuentra incluido dentro de los “Derechos Fundamentales” recogidos en el artículo 14 de la Constitución que encabeza el capítulo segundo y las secciones primera y segunda del referido capítulo, sino en el capítulo tercero intitulado “Principios rectores de la política social y económica” que “no supone(n) propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes públicos” (PECES BARBA), Así el Preámbulo de la reciente Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, señala que “la ocupación ilegal, esto es, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna”. La acción requiere “que el sujeto activo, que en todo caso no puede ser el propietario, se sitúe ilegítimamente en la posición de dominio de éste sobre el bien inmueble, sustituyéndole en sus derechos y facultades inherentes, aunque no pretenda atribuirse la titularidad del derecho de forma definiti-

va” (BORJA JIMENEZ), debiendo integrar, para ser típicamente relevante “un comportamiento duradero en el tiempo” (QUERALT JIMENEZ), tratándose de “un delito permanente cuya consumación se produce en el momento en que se ocupa el edificio o se continúa en el mismo, desconociendo la voluntad contraria del dueño” (GONZALEZ RUS). En cuanto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia señala que los delitos de usurpación “constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles. En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito” ( STS 12-11-2014 ), añadiéndose por la doctrina además como bienes jurídicos protegidos el “orden público” y la “seguridad del tráfico” (JIMENEZ PARIS), no correspondiendo a la Magistrada de Instancia, ni tampoco a esta Sala entrar a valorar, desde el punto de vista de la Política Criminal, el acierto o no del legislador del Código Penal de 1995 al tipificar tal conducta como delito, así como entrar a cuestionar la validez o “aceptabilidad” (WROBLESWSKI) de la norma jurídica que lo sanciona, ni mucho menos, ocupar el lugar que corresponde al legislador, pues de hacerse así se abriría el camino a la arbitrariedad, debiendo de tenerse en cuenta el principio de “sujeción a la ley” (RUBMANN). Lo anterior no obsta a que como se indica en la Disposición Adicional de la Ley 5/2018, de 11 de junio, anteriormente citada, por parte de las administraciones públicas y por los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local se adopten las medidas adecuadas para atender a aquellos ocupantes ilegales de vivienda que se encuentren en situación de vulnerabilidad social que se detecten en los procedimientos judiciales conducentes a su lanzamiento. El delito de usurpación requiere para su 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 de 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. 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. 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, si bien, la doctrina y jurisprudencia entienden que ha de reputarse el requerimiento formal u orden de desalojo como de irrelevante ya que no es una exigencia del tipo (SAP Madrid, Sec. 6ª de 12-9-2012 nº: 648/2012). e) Que concorra dolo en el autor que abarca el conocimiento de la ajeneidad 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 arrendada. No serían, por tanto punibles las siguientes conductas: 1) las ocupaciones transitorias u ocasionales, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP Barcelona, Sec. 8ª, 21 marzo 2012), 2) las ocupaciones que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabilitación o ruina total (SAP Zaragoza, Sec. 3ª, 17 junio 2015), y 3) casos en que la posesión se concede por el titular del bien, ya sea como consecuencia de un contrato ya sea por concesión de un verdadero y propio precario, o en aquellos otros en que por efecto también de un contrato el que está poseyendo adquiere la obligación de entregar la posesión a la contraparte contractual (SAP Madrid Sec. 17ª, 17 junio 2015).>>. En sentido similar la SAP Madrid de 31 de enero de 2019, secc 6ª, o de 29 de enero de 2019 de la secc. 16 y de la secc. 17, o más recientemente la SAP Madrid de 24 de septiembre de 2019, cuando se prima el principio de legalidad frente al de intervención mínima.*

#### **4. VIAS DE SOLUCIÓN**

Fijado el planteamiento teórico hay que entrar en cuál es la situación actual en esta materia, haciendo mención a algunos aspectos propios de esta Comunidad, que fijan el marco en el que se moverá el tipo delictivo del art. 245.2 C.P. y qué otras soluciones pueden darse.

La Audiencia Provincial de las Illes Balears, en acuerdo del pleno de 28 de mayo de 2019, introduce una nueva perspectiva, llega a la conclusión que al exigirse que la lesión al bien jurídico protegido sea intensa no pueden comprenderse dentro del tipo penal aquellas conductas de ocupación, sin autorización debida, de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular,



si el sujeto pasivo del hecho es una persona jurídica dedicada a la gestión de activos, o es una entidad bancaria, cuyo objeto es la obtención de beneficios y existe un desinterés que equivale a la dejación en el que las mercantiles incurrirán respecto del control o explotación de los inmuebles. Si bien el tipo penal no diferencia la naturaleza del sujeto pasivo se considera que es más grave en un particular que en una entidad cuya finalidad es lucrativa y cuya desatención al inmueble es ajena precisamente a esa finalidad, en definitiva, lo tiene abandonado, por lo que considera que en estos casos no se incurrirá en el tipo penal. Así pues, la Audiencia Provincial el requisito de la gravedad de la conducta lo extiende también a la exigencia de una posesión inmediata para determinadas personas jurídicas, por cuanto sólo si ésta se da, puede llegar a incurrirse en el tipo delictivo ( así impide la solución por esta vía de aquellos supuestos de ocupación de pisos en régimen de propiedad horizontal, con grave conflictividad en el vecindario) y ello, a diferencia de lo que sucede ante otros tribunales, donde no hay diferencia por el sujeto activo del tipo y lo que se valora es si esa ocupación tiene voluntad de permanencia o por el contrario es esporádica o de escasa entidad.

La línea jurisprudencial que abre la STS 12/11/14, el acuerdo de Pleno de la Audiencia de Palma el art. 37.7 LPSC y la legislación civil protectora de la posesión, hacen cuestionarse cuándo resulta de aplicación el art. 245.2 C.P. pero principalmente cómo poder recuperar con cierta rapidez, inmediatez el inmueble usurpado ante el supuesto de una usurpación pacífica de un inmueble que no es morada.

Se plantean algunos supuestos habituales, se examina en primer lugar si puede tener recorrido penal para luego proponer alguna vía para la recuperación de la posesión de forma más o menos rápida:

1.- Si el sujeto pasivo es persona física y la conducta puede circunscribirse como grave, será de aplicación el art. 245.2 CP, en la medida que concurran los elementos establecidos por la STS 12/11/14. La jurisprudencia actual sigue esta línea confirmando muchas resoluciones de instrucción, sede actual de enjuiciamiento del supuesto analizado.

2.- Si el sujeto pasivo es persona jurídica destinada a la gestión de activos o entidad bancaria que sí destina esos inmuebles a la actividad lucrativa, que no manifiesta un abandono o desinterés respecto del inmueble, sí cabría incurrir en el supuesto del art. 245.2 CP, al no ser el supuesto contemplado por el acuerdo de pleno de la Audiencia Provincial de Palma siempre que concurra la nota de gravedad. Cabría pensar en supuestos tales como promociones inmobiliarias destinadas a su venta.

3.- Si el sujeto pasivo del tipo, es una persona jurídica destinada a la gestión de activos o entidad bancaria que no destina estos inmuebles a ninguna de las finalidades lucrativas que le son propias, que han hecho una dejación de cualquier tipo de control o explotación del inmueble, o cualquier otro sujeto pasivo en el que la conducta no alcanza la gravedad suficiente para considerar que no se incurre en el tipo penal, deberá acudir a otras vías.

#### **4.1. PENAL**

Se entiende que, si se incurre en el tipo penal, su tramitación como delito leve tiene un recorrido algo difícil que lleva a una tardanza en su solución: hay que conseguir identificar y citar a los ocupantes y celebrar el correspondiente juicio, en el que hay que acreditar los elementos del tipo. Llegado a que se dicte sentencia condenatoria, la pena es de multa, pero como responsabilidad civil se deberá proceder al resarcimiento de daños al perjudicado, art. 109 C.P. en sede de delitos patrimoniales, y en concreto en la usurpación, esto consiste en la restitución, es decir, la devolución de la posesión del inmueble con abono del deterioro producido, que se fije en sentencia. Hasta llegar aquí el desalojo rápido y la minimización de daños pueden haberse convertido en una quimera. La posible solución podría partir de la suma de dos circunstancias, la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2015 sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación a los delitos leves considera no aplicable el principio de oportunidad (que recoge el art. 963 LECrim) al art. 245.2 C. P., así pues, junto a la necesidad de seguir adelante, existe la posibilidad de solicitar unas medidas cautelares, tienen el amparo legal con los arts. 13, 544 bis de la LECrim y el art. 57 C.P., si la situación es grave, y debe serlo para tratarse de un delito del art. 245.2 C.P., y hay un riesgo de incremento en los daños que dificulte la restitución del bien y reparación del perjuicio sufrido, y normalmente concurrirá por la poca capacidad económica de los sujetos activos de los tipos, pueden sentarse con solvencia los presupuestos de solicitud de medidas cautelares. Situación examinada por la Junta de sectorial de Jueces de Instrucción de Palma, que se reunió a 23 de mayo de 2019, que pretende poner de manifiesto la conciencia de la problemática existente y dar un cauce rápido para que las peticiones que se realizaran relacionadas con la materia de ocupación y conllevaran medidas cautelares puedan ser examinadas de forma rápida, con la voluntad de poder dar una respuesta al ciudadano en un tiempo razonable en el que pueda ver satisfecho su derecho, si se valora que le asiste la tutela que solicita, con independencia de la ulterior tramitación de la causa. Se considera, además, que esta vía, podría verse reforzada en el caso de que concurrieran otros tipos delictivos, y que con ello se podría conseguir una rápida recuperación en la posesión del inmueble.

## 4.2. ADMINISTRATIVA

Si no se alcanza el tipo penal, el ámbito en el que procede moverse es el administrativo. El art. 37.7 Ley de Protección de Seguridad Ciudadana establece que constituye una infracción leve: <<La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal.>>. Esta infracción está castigada con una sanción pecuniaria, una multa de 100 a 600€, algo irrelevante por quien quiere recuperar la posesión y difícilmente efectiva, según la capacidad económica del infractor. Pero lo significativo es que se permite al amparo del art. 16, la identificación de los ocupantes siempre que la finalidad de la misma sea impedir la comisión de un delito o con el objeto de sancionar una infracción, es decir supuestos que se dan en todo caso con la ocupación del tipo que sea (alcance el grado delictual o no, siempre que no se tenga derecho a la misma).

*Art. 16 <<1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.*

*2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.*

*5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley>>*

Así pues, si se negaren a identificarse, se podría proceder a su traslado a las dependencias policiales, en el caso de persistir en la negativa, dependerá

del grado de contundencia en la negativa, se estará ante una falta grave prevista en la misma ley, art. 36, con una previsión de multa económica más alta. Ciertamente, será necesaria su identificación para su imposición, y sí podría moverse en el ámbito de la desobediencia o atentado a la autoridad, en sede penal, que ampararía una posible detención. La imposición de la multa se entiende que es ineficaz, difícilmente habrá capacidad económica para atenderla. Ahora bien, es una vía significativa para la identificación de los ocupantes, necesaria para la tramitación de un delito leve, y además prevé la posibilidad de un delito de desobediencia o atentado que ampara la detención y, por ende, la salida del lugar ocupado.

Ahora bien, si no se llega a estas situaciones, o únicamente se obtiene la identificación de los ocupantes, la solución que ofrece la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, tampoco se presenta como relevante a la hora de recuperar la posesión y reestablecer el orden.

Si ante delitos menos graves, como el allanamiento de morada, la protección penal es más contundente y desde la detención policial al auxilio que pueden prestar unas medidas cautelares permiten una mayor rapidez en la recuperación de la posesión del inmueble. En los supuestos de usurpación no violenta es muy complejo, más si no se incurre en el tipo penal, y es una infracción administrativa y se considera que la mejor opción, caso de ser posible, para intentar una pronta recuperación, no pasa por el delito de usurpación, sino por denunciar la concurrencia habitual de otros tipos delictivos. En muchos supuestos, se trata de viviendas en propiedad horizontal, la ocupación, demuestra la realidad que pocas veces pasa desapercibida, suelen existir conflictos vecinales, hay defraudación de fluidos eléctricos, de agua, amenazas, coacciones, daños, incluso plantaciones de droga ... que sí podrían permitir a los vecinos, al administrador, al presidente de la comunidad, a la propiedad o a quien tiene derecho a la posesión acudir al juzgado y solicitar medidas cautelares tendentes a la desocupación, pero por estos tipos delictivos, que habrá que acreditar indiciariamente y que sí puedan ser calificables de menos graves, además de la circunstancia que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen la capacidad de poder intervenir directamente sin necesidad de autorización judicial.

Esta solución también valdría para supuestos en los que se produce la ocupación de inmuebles destinados a su venta, nuevas promociones que son ocupadas y que colocan al promotor en situación de no poder cumplir con los contratos que tuvieran concertados, desde casos de extorsión a unas coacciones, o a supuestos de ocupación que convive con la comisión de otros tipos delictivos calificados con mayor gravedad por nuestro Código Penal,

además de poder permitir a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad proceder a la identificación, pero también a la detención, por la presunta comisión de hechos delictivos menos graves, cuando menos, lo que implica de facto dejar el inmueble libre para el que sí tiene un derecho sobre el mismo.

### 4.3. CIVIL

Caso de no tener cabida la aplicación de la legislación penal (esencialmente en aquellos casos que el acuerdo de la Audiencia Provincial no considera que incurren en el tipo penal) u optar por otra vía, la civil, tras valorar las distintas opciones, se considera que, si el afectado es titular registral, la vía más rápida y adecuada a sus intereses es la del art. 250.1.7 LEC, de protección registral, y ello porque no diferencia qué tipo de actor es, es decir, es igual si es una persona física que jurídica, basta con que tenga inscrito su derecho real en el Registro de la Propiedad. Se debe indicar la medida que se considera oportuna para asegurar la efectividad de la sentencia, se puede pedir caución al demandado, los motivos de oposición son muy tasados y las cargas para el demandado importantes, máxime si realmente no tiene derecho a ocupar. Así, se tramitarán por juicio verbal: <<7.º *Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación*>> La demanda se inadmitirá si no contempla las siguientes prevenciones, art. 439 2º: <<1.º *Cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere. 2.º Si, salvo renuncia del demandante, que hará constar en la demanda, no se señalase en ésta la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64, ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio. 3.º Si no se acompañase a la demanda certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.*>> Reuniendo estos requisitos, la situación del demandado se complica mucho a la hora de poder defender su derecho a ocupar. Art. 440.2. <<*En los casos del número 7.º del apartado 1 del artículo 250, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. También se apercibirá al demandado, en su caso, de que la misma senten-*

*cia se dictará si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor.>>.* Según la situación cabe la posibilidad de tan pronto se admita la demanda adoptar las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere (art. 441.3 LEC). Y lo más gravoso para los demandados es que tienen tasados los motivos de oposición, por lo que sólo podrán circunscribirse a los legales, siempre que se haya prestado caución, si no han sido dispensados, art. 444.2<< *La oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado.>>* Es difícil que un mero ocupante tenga recursos para prestar la caución o bien oponerse y acreditar alguna de las causas tasadas por Ley.

¿Qué problema puede tener esta opción? La identificación del demandado. Ahora bien, si no se tiene alguna identificación concreta, se puede hacer uso vía policial, tras la denuncia, para proceder a la identificación y en todo caso, se valora como posible dirigir la demanda contra los ignorados ocupantes, de forma análoga a lo que se permite en determinadas acciones para la recuperación de la posesión. Tras la reforma de junio de 2018, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 5/2019, de 11 de junio, que afecta a la vía interdictal del art. 250.1. 4º LEC, se permite ya expresamente no concretar la identificación de los demandados, siempre que el actor sea persona física, entidad sin ánimo de lucro o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social, en cuyo caso puede dirigirse contra los ignorados ocupantes. Esta previsión ha sido declarada constitucional por la STC de 28 de febrero de 2019 al considera que << *no cabe imponer al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda de la que ha sido desposeído por un acto violento o clandestino y que por ello se ve obligado a acudir a la vía judicial la carga a todas luces desproporcionada de llevar a cabo una labor investigadora para la identificación de los ocupantes ilegales; tarea que, por otra parte no solo pudiera resultar infructuosa, sino incluso vedada por el juego de los derechos fundamentales a la intimidad (Art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), con el consiguiente perjuicio*

*para que necesita obtener pronta tutela judicial frente al despojo del que ha sido víctima. Por otra parte, esos ocupantes desconocidos lo serán en cuanto a su identidad personal, pero no en cuanto a su paradero, ya que en todo caso pueden ser hallados precisamente en la vivienda ocupada, en la que ha de practicarse la notificación de la demanda y el emplazamiento al demandado, para que pueda en su caso aportar el título que justifique su situación posesoria y contestar la demanda... La notificación es personal, entregándose la citación (arts. 155.1 y 161 LEC) al ocupante que fuere hallado en la vivienda al tiempo de practicarse el acto de comunicación procesal por le funcionario de la oficina judicial, que podrá acudir acompañado de los agentes de la autoridad a los efectos de identificación del receptor de la notificación y demás ocupantes (párrafo primero del art. 441.1 bis LEC). La entrega de la notificación se documentará mediante diligencia que será firmada por el funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuya identidad se hará constar (art. 161.1 LEC). De este modo, la indeterminación inicial sobre la identidad del demandado -que no sobre su paradero- en el proceso para la recuperación de la posesión de la vivienda resulta superada por la ulterior identificación personal al practicarse la notificación de la demanda y el consiguiente emplazamiento. Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC). La regulación controvertida no compromete, en consecuencia, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa del ocupante de una vivienda que pudiera resultar afectado por la resolución judicial definitiva que se dicte en el proceso judicial sumario creado por la Ley 5/2018 >>. Lo dispuesto en esta resolución se entiende que es extrapolable a otras situaciones similares.*

La anterior vía se entiende cómo procesalmente la que puede ser más rápida, no obstante, no puede obviarse la referencia a las acciones tradicionales de recuperación de la posesión, y las que habrá de acudir si no se es titular registral. El art. 250.1.4 LEC permite al poseedor que se ve perjudicado en su posesión, siempre que lo denuncie en el plazo de un año desde que se produjo esa perturbación, ejercitar las acciones pertinentes para recuperarla. La reforma por Ley 5/2018 ha ido dotando de una protección más rápida a la persona física, entidad sin ánimo de lucro o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social frente a las personas jurídicas que no reúnen estas condiciones. Así, si el actor se encuentra entre los sujetos del primer supuesto, se articula una vía más ágil que permite el desalojo más rápido que en los otros supuestos, así no necesita la concreta identificación de los demandados, si ya se solicita en la demanda y el demandado en 5 días no

aporta el título que ampara su situación posesoria, se podrá dictar el desalojo inmediato; además si el demandado no contesta a la demanda, ya permite dictar sentencia, siendo que si contesta, sólo lo podrá hacer argumentando la existencia de título suficiente frente al actor, además la sentencia estimatoria no requerirá para su ejecución del transcurso de los 20 días, exigidos por el art. 548 LEC. Todas estas medidas no resultan aplicables, y van por el cauce normal del juicio verbal caso de que la actora sea persona jurídica, sin hacer distinción entre las distintas tipologías que pueden darse, lo que demorará el tiempo de respuesta.

Ya se ha señalado que la ocupación ha ido variando para poder subvenir las necesidades de vivienda, aunque también se hayan ido desarrollando conductas delictivas organizadas tendentes a la extorsión de los propietarios o poseedores. El legislador ha buscado dar respuesta a las situaciones de precariedad e intentar compaginar el derecho a recuperar la posesión con atender las necesidades de los ocupantes, cuando realmente hay una situación de vulnerabilidad. En este sentido añade el punto 4 al art. 150 LEC, con el tenor siguiente: << 4. Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, 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>> Esta disposición se considera no sólo aplicable en sede civil, sino subsidiariamente en sede penal, por lo que un desalojo, cuando se trate de personas en las que pueda apreciarse una situación de precariedad o vulnerabilidad, conllevará la comunicación a los servicios sociales, siempre con el consentimiento de los afectados, a fin de no vulnerar la protección de datos, y partiendo de la realidad que en muchos casos no se quiere dar a pesar de la situación de precariedad, precisamente para no estar sujetos al control de la Administración. Se valora como una solución bienintencionada, que servirá siempre que se disponga de unos servicios sociales que no estén saturados, con recursos efectivos y se tenga disponibilidad de viviendas o soluciones para las situaciones que se detecten de vulnerabilidad.

## CONCLUSIÓN

El panorama actual es complejo, la rebaja en la gravedad del tipo penal en el art. 245.2 CP, si bien no desaparece, y ciertas conductas de protección a la ocupación han generado una sensación de impunidad en la sociedad que ha debilitado al propietario o poseedor a la hora de recuperar sus derechos. Sin embargo, dentro de la amalgama de normas y leyes, y según los supuestos, podrá recurrirse a la vía penal o a la civil, que permitirá dentro de un tiempo



más o menos razonable, recuperar la posesión. Con todo, la clarificadora Instrucción emitida por el Fiscal Superior de les Illes Balears de 10 de junio de 2019 junto con el recurso a las medidas cautelares en sede de instrucción penal fundamentadas ya sea en la propia ocupación, ya sea por las demás conductas concurrentes constitutivas de delitos menos graves abren las vías para poder obtener una rápida respuesta en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad a la hora de actuar y posteriormente de los jueces a fin de que sí se otorgue la tutela judicial efectiva demandada en estos casos, y ello con independencia de la posterior tramitación y resultado del procedimiento judicial.

### **Notas Bibliográficas**

Instrucción del Fiscal Superior de les Illes Balears de 10 de junio de 2019.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015.

Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Palma de 28 de mayo de 2019.

La ineficacia práctica del art. 245 del CP para obtener el desalojo de un inmueble usurpado. Guillermo Ruiz Blay. La Ley Digital 2014.

El delito de usurpación. Respuesta de los tribunales. El Derecho 2014/266802.

La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil. Santiago Aragonés Seijo. Revista Crítica de derecho Inmobiliario. Noviembre 2016.

La usurpación delito leve o infracción administrativa. M<sup>a</sup>. de la Almudena Álvarez Tejero. El Derecho, 13 de julio de 2016.

Interpretación del art. 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. Álvaro Mangas Campos. La Ley 7856/2015.

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de junio de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas: Aspectos de interés. Antonio Fraga Mandián. Octubre 2018.

Memento Procesal Penal, Memento Penal y Memento Civil. Francis Lefebvre. El derecho 2019.